

Die Meistbegünstigungsklausel in Liefer-
verträgen von Energieversorgungsunternehmen

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelm-Universität

vorgelegt von

Hans Waldeyer

1980

Die Meistbegünstigungsklausel in Liefer-
verträgen von Energieversorgungsunternehmen

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelm-Universität

vorgelegt von

Hans Waldeyer

Gewidmet meinem Doktorvater,
Herrn Professor Dr.Dr. Rudolf Lukes,
meiner Frau und allen anderen, die
mir technische und seelische Hilfe
gewährt haben.

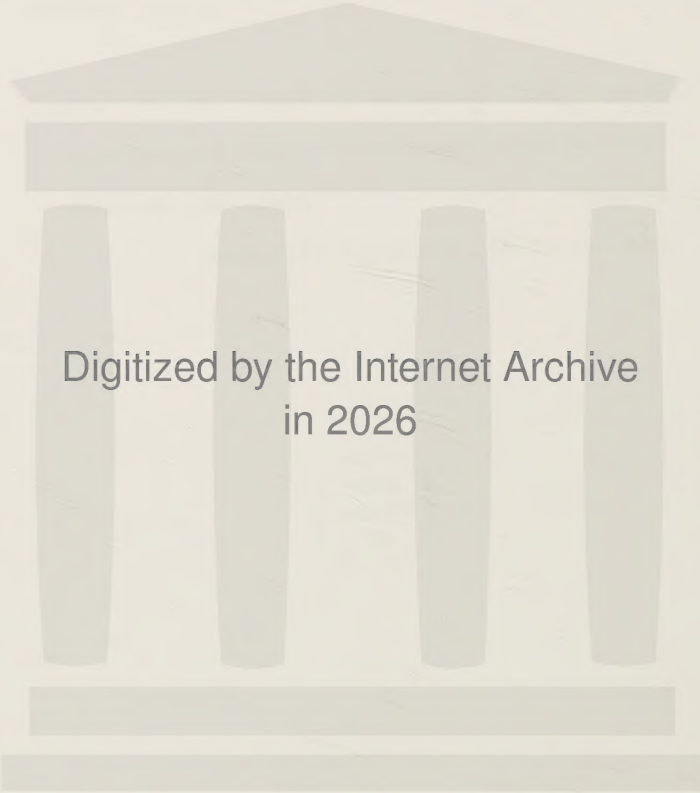


Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes

Zweiter Berichterstatter: Doz. Dr. Vollmer

Dekan: Prof. Dr. Bernert

Tag der mündl. Prüfung: 11.2.1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Teil A: <u>Tatsächliche Erscheinungsformen und Wirkungen der Meistbegünstigungsklauseln</u>	1
I. Problemstellung	1
1) Arten der Meistbegünstigungsklausel	1
a) Grundformen	2
aa) In der Form "Blitzgeräte"	2
bb) In der Form "Schuhhandel"	3
cc) In der Form "Metro"	3
b) Konkretisierende Formen	4
aa) Leistungsbedingtheit der Meistbegünstigungsklausel	4
bb) Meistbegünstigung bei geringerer Gegenleistung	4
cc) Erstattungsverpflichtung	5
2) Herkunft der Meistbegünstigungsklausel	5
a) Rechtliche Einordnung	5
b) Verwendung im Welthandel	7
3) Wirkung der Meistbegünstigungsklausel	8
a) Der Begünstigungseffekt	8
b) Der Gleichschaltungseffekt	9
c) Der Begünstigungssperreneffekt	10
d) Die Meistbegünstigungsklausel im Wettbewerb	12
aa) Verwendung	12
bb) Auswirkungen	14
II. Zweck der Untersuchung	18
Teil B: <u>Rechtliche Beurteilung der Meistbegünstigungsklausel</u>	20
I. Zulässigkeit gem. § 15 GWB	20
1) Inhalt und Schutzbereich des § 15 GWB	20

	Seite
a) Individualschutz als Schutzzweck des § 15 GWB	22
b) Schutz der Institution Wettbewerb als Zweck des § 15 GWB	22
c) Zwischenpositionen	23
d) Schutzzweck des § 15 GWB: Institutionenschutz durch Individualschutz	24
2) Rechtliche Bindung durch die Meistbegünstigungsklausel	28
a) "Blitzgeräteklausel"	30
b) "Schuhklausel"	32
c) "Metroklausel"	41
3) Wirtschaftliche Bindung im Sinne des § 15 GWB	45
a) Definition der wirtschaftlichen Bindung gem. § 15 GWB	46
b) Umfang der Bindung und Konsequenzen für die Meistbegünstigungsklausel	47
aa) Unmöglichkeit des Ausweichens	48
bb) Einbeziehung des Nachteils in das kaufmännische Kalkül	51
c) Wirtschaftliche Bindung als Vertragszweck der Meistbegünstigungsklausel	55
4) Anwendbarkeit des § 15 GWB auf die Meistbegünstigungsklausel	61
a) Entzug eines wettbewerblichen Instrumentes	61
b) Zwang für den Lieferer zur Ungleichbehandlung	62
c) Vertraglicher Diskriminierungsschutz - Zulässigkeit der leistungsbedingten Meistbegünstigungsklausel	62
d) Reduzierung von § 15 GWB auf Mißbrauchsfälle	68

II. Ausnahmen von der Unzulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln	71
1) Die Meistbegünstigungsklausel als Mittel zur Förderung des Wettbewerbs	71
2) Die Meistbegünstigungsklausel im Falle des Diskriminierungsverbotes	77
a) Die Aufgreifkriterien und die Rechtsfolgen des § 26 Abs. 2 GWB	78
b) Vergleich mit der Meistbegünstigungsklausel	87
aa) Vergleich mit den Klauselarten	87
bb) Die Differenzierung durch Leistungsbedingtheit	91
c) Ausgestaltung einer zulässigen Meistbegünstigungsklausel	94
3) Die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel gegenüber Monopolisten	95
a) Die Kalkulation des Monopolisten	96
b) Folgerungen für den Differenzierungsspielraum gem. § 26 Abs. 2 GWB und der Meistbegünstigungsklausel	99
c) Folgerungen für die Klauselart	101
Teil C: <u>Die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel für leistungsgebundene Energieversorger</u>	106
I. Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel in den Ausnahmereichen des § 103 Abs. 1 GWB	106
1) Die einzelnen Freistellungstatbestände	107
a) Demarkationsabreden	107
b) Konzessionsverträge	109
c) Höchstpreisabreden	110
d) Verbundverträge	111
e) Sinn und Zweck der Freistellung	112

	Seite
2) Einordnung der Meistbegünstigungs- klausel	114
a) Konzessionsabrede	114
b) Höchstpreisabrede	116
c) Demarkationsabreden	119
aa) Die Meistbegünstigungsklausel als Demarkationsabrede	120
bb) Die Meistbegünstigungsklausel als Nebenabrede eines Demar- kationsvertrages	124
(1) Die Umgehung des unselb- ständigen Demarkationsvertrages und der Schutz durch die Meist- begünstigungsklausel	124
(2) Voraussetzungen für die Frei- stellung der Meistbegünstigungs- klausel	127
(a) Zulässigkeit von Neben- abreden zu Demarkations- verträgen	128
(b) Die Einbeziehung dritter Verteiler in die Demar- kationsabrede	129
(c) Konsequenzen für die Ge- staltung der Meistbegünsti- gungsklausel	130
cc) Zulässigkeit der Meistbegünsti- gungsklausel bei Umgehungen eines Demarkationsvertrages durch andere Energie	133
(1) Umgehung der Demarkation durch Lieferung einer anderen Energie- art und Wirkung der Meistbe- günstigungsklausel	133
(2) Einbeziehung anderer Energie produzierender Unternehmen in den Demarkationsvertrag	135
d) Die Zulässigkeit der Meistbegünstigungs- klausel als Teil eines Verbundvertrages	137

	Seite
aa) Der Einsatz der Meistbegünstigungsklausel bei Verbundverträgen	138
bb) Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel	144
(1) Der Umfang der Freistellung nach § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB	144
(2) Form der Meistbegünstigungsklausel	148
II. Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel außerhalb der Ausnahmereiche des § 103 GWB	153
1) Verträge über die Lieferung leistungsgebundener Energie	154
a) Die Monopolstellung der Energieversorgungsunternehmen	154
b) Die Substitutionsmöglichkeit bei leistungsgebundener Energie	157
aa) Die besondere Situation der Verteilerunternehmen	157
bb) Die Substituierbarkeit für andere Abnehmer	159
cc) Folgerungen für die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel	163
dd) Besonderheiten bei den Abnehmern	164
(1) Die Tarifabnehmer	165
(2) Unterschiedliche Behandlung von Sonderabnehmern und Energieversorgungsunternehmen als Abnehmer	166
2) Verträge von Versorgungsunternehmen der leistungsgebundenen Energie über die Lieferung von nicht leistungsgebundener Primärenergie	170
a) Die Lieferer von Primärenergie als Monopolisten	170
b) Fehlender Wettbewerb zwischen den Energieversorgungsunternehmen als Nachfrager	173

Teil D: <u>Zusammenfassung der Ergebnisse</u> <u>und Schlußwort</u>
--

177

Literaturverzeichnis

- Apel, Jürgen Meisterbegünstigungsklauseln im Wettbewerb
DB 1876, 2193
- Arndt, Helmut Recht, Macht und Wirtschaft
Berlin 1968
- Derselbe Marktmacht auf der Nachfrageseite
WUW 1972, 84
- Derselbe Markt und Macht
2. Auflage Tübingen 1975
- Ballerstedt, Kurt Energierechtliche Probleme der
§§ 103, 22, 26, GWB
VEnergR 5,5
- Barnikel,
hans-Heinrich (Hrsg.) Wettbewerb und Monopol
Darmstadt 1968
- Baumbach/Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
8. Aufl. München 1960
- Benisch, Werner Kartellrecht und Schutz der
individuellen Freiheit
WUW 1961, 764
- Biedenkopf, Kurt H. Freiheitliche Ordnung durch
Kartellverbot - Vom Sinn des Gesetzes
gegen Wettbewerbsbeschränkungen
in
Biedenkopf-Callmann-Deringer
Aktuelle Grundsatzfragen
Heidelberg 1957
- von Brunn,
Johann-Heinrich Wettbewerbsbegriff und Geheim-
wettbewerb
BB 1975, 1555
- Buderath, Josef Preisdifferenzierung und Preis-
diskriminierung in der Energie-
wirtschaft
München-Graefeling 1965
- Cordt, Adolf Das Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen und die deutsche
Energiewirtschaft
EltW 1958, 575
- Derselbe Kartellgesetz und Versorgungsunter-
nehmen
GWf 1959, 161
- Deringer, Arved Rechtsfragen des Wettbewerbs in der
Energiewirtschaft
GWf 1961, 739
- Dolinski-Ziesing Sicherheits-, Preis- und Umwelt-
aspekte der Energieversorgung
in DIW Sonderheft 113 Berlin 1976

- Dörinkel, Wolfram Die Elektrizitätswirtschaft
im Kartellrecht
DB 1965, 1808 f
- Ebel, Hans-Rudolf Das Diskriminierungsverbot
bei Stromlieferungen
NJW 1976, 700
- Derselbe Anmerkungen zu BGH 1975, 2065
NJW 1976, 714
(Zum Diskriminierungsverbot
§ 26 Abs. 2 GWB, für EVU'en)
- Derselbe Gleichartigkeit von Unternehmen im
Rahmen des Diskriminierungsverbotes
des § 26 Abs. 2 GWB
DB 1977, 1781
- Eiser-Riederer-Sieder Energiewirtschaftsrecht (Kommentar)
(Obernolte) 2. Aufl. München-Berlin 1952
- Elster, Alexander Meistbegünstigungsklausel
in
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
Hrsg. Stier-Somlo u. Elster
Bd. 4 S. 32, Berlin-Leipzig 1927
- Emmerich, Volker Der Wettbewerb der öffentlichen Hand,
insbes. das Problem der staatl.
Versorgungsmonopole
Frankfurt 1971
- Derselbe Ordnungspolitische Überlegungen zur
leistungsgebundenen Energieversorgung.
Referate und Diskussionen,
Herausgegeben von Emmerich-Lukes
Köln-Berlin-Bonn-München 1977
- Emmerich-Lukes (Hrsg) Ordnungspolitische Überlegungen zur
leistungsgebundenen Energieversorgung
Referate und Diskussionen einer
Arbeitsgemeinschaft, veranstaltet
an der Westfl. Wilhelm-Universität
Münster 14./15. März 1977
Köln-Berlin-Bonn-München 1977
- Eucken, Walter Die Grundlagen der Nationalökonomie
7. Auflage
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959
- Finkentscher, Wolfgang Zum Recht der Diskriminierungen im
im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
WUV 1058, 257
- Derselbe Aus der Rechtsprechung zur wett-
bewerbsrechtlichen Diskriminierung
DB 1960, 227

Fischerhof, Hans	Rechtsfragen der E-Wirtschaft Frankfurt/Main 1956
Derselbe	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Energiewirtschaft BB 1958, 135
Derselbe	Wettbewerb in der Energiewirtschaft und im Gesetz gegen Wettbewerbsbe- schränkungen 1959, 328
Derselbe	Wettbewerbsbeschränkende Verträge der Energiewirtschaft in Lichte der Ent- scheidung des Bundesgerichtshofes vom 20. Oktober 1960 ET 1961, 53
Derselbe	Energiewirtschaft und Atomenergie- recht in: von Brauchitsch-Ule "Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder " Bd. VIII, 2. Hlbbd. "Wirtschaftsverwaltungsrecht II" Abschn. IV Köln-Berlin-Bonn-München 1964-1966
Frankfurter Kommentar	Zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän- kungen zit. Frankfurter Kommentar, Hrsg. Kaufmann, v. Hahn, Frühauf, Erlinghagen, Rautmann, Hoffmann, Lehmann, Huber Köln 1977
Frewer, H.	Die theoretischen Zusammenhänge der Energiepreisbildung bei Tarifabnehmern in: Praktische Energiekunde, Karlsruhe, Gräfelung 1965
v. Gamm, Otto-Friedrich Frhr.	Wettbewerbsrecht Köln-Berlin-München 1964
Gerigk, Wolfgang	Kontrahierungszwang der Energie- versorgungsunternehmen gegenüber Sonderabnehmern VEnergR 11, S. 1
Gieffers, Hans-Werner	Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht Berlin-Köln 1960
Derselbe	Kartellrechtliche Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln WRP 1966, 126

- Gieseke, Paul Die Stellung der deutschen Energie-
wirtschaft nach dem Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und dem
Energiewirtschaftsgesetz
GWf 1958, 719
- Gleiss-Hirsch EWG-Kartellrecht
3. Auflage, Heidelberg 1978
- Gröner, Helmut Die Ordnung der Deutschen
Elektrizitätswirtschaft
Baden-Baden 1975
- Helm, Horst Das Kartellrecht in der Wirtschafts-
praxis
2. Auflage, Heidelberg 1977
- Hermanns, Ferdinand Die kartellrechtliche Zulässigkeit
Meistbegünstigungsklauseln
WUW 1968, 671
- Hoppmann, Erich Zum Schutzobjekt des GWB
in:
"Wettbewerb als Aufgabe" -
Nach 10 Jahren Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen
Bad Homburg v.d.H. Berlin 1968, S. 61
- Immenga, Ulrich Wettbewerbsbeschränkungen auf
staatlich gelenkten Märkten
Tübingen 1967
- Jäger, Armin Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs
in § 1 GWB
Köln-Berlin-Bonn-München 1970
- Kahrs, Werner Zivilrechtliche Ansprüche aufgrund
einer Verletzung des Diskriminierungs-
verbotes
Baden-Baden 1965
- Kartte, Wolfgang Vertikale Preisempfehlungen für
Markenwaren und das Diskriminierungs-
verbot
WUW 1962, 241
- Kartte-von Portatius Kriminalisierung der Kartellrechts?
BB 1975, 1169

- | | |
|---------------------------------|--|
| Kimminich, Otto | Atomrecht
München 1974 |
| Kirschstein, Friedrich | Marktmacht und ihre Kontrolle
nach dem GWB
München 1974 |
| Klätte, Günther | Mehr Wettbewerb in der Elektrizitätsversorgung durch Aufhebung der Demarkationen und Verpflichtung zur Durchleitung - geht das oder führt das im ersten Schritt zum Verlust der Versorgungssicherheit und im zweiten Schritt zur Verstaatlichung ?
ET 1979, 131 |
| Klemp, Wolfram | Meistbegünstigungsklauseln in Lizenzverträgen
DB 1977, 1301 |
| Koch, Eckhart | Wirtschaftswissenschaften für Juristen
München 1976 |
| Koch, Norbert | Das Verhältnis der Kartellvorschrift des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
BB 1959, 241 |
| Koenigs, Volkmар | Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs
NJW 1961 S. 1041 |
| Koeppel, Peter F. | Typische Verträge der Energiewirtschaft in kartellrechtlicher Betrachtung
Dissertation Köln 1959 |
| Kracht, Friedrich | Das Diskriminierungsverbot im GWB
NJW 1960, 1229 |
| Kreis, Helmut | Tankstellenrabatte in kartellrechtlicher Sicht
BB 1969, 73 |
| Langen-Niederleithinger-Schmidt | Kommentar zum Kartellgesetz
5. Auflage
Neuwied-Darmstadt 1977 |
| Lanzenberger, Fritz | Die Aufgaben der Kartellbehörden, insbesondere in Bezug auf die Energiewirtschaft
GWF 1959, 789 |
| Lilienfein, Heinz | Elektrizitätsversorgung und Wettbewerb
EltW 1962, 57 |
| Löhr, H.-Dieter | Für eine Revision des Robinson-Patman-Act- Aufhebung des Verbots der Preisdiskriminierung
WRP 1975, 595 |

- Löhr-Löhr Zur kartellrechtlichen Bewertung sogen. Meistbegünstigungsklauseln
BB 1975, 1371
- Ludwig-Cordt-Stech Das Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung (Kommentar)
Frankfurt/Main 1965, Stand 1977
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag
Das Kartell als Vertrag mit Auswirkung
München-Berlin 1959
- Derselbe Aktuelle Probleme der Preisbindung
zweiter Hand und der Preisempfehlung
Jus. 62, 215
- Derselbe Die Benutzung öffentlicher Wege zur Fortleitung elektrischer Energie
Frankfurt 1973
- Derselbe Der Kartellvertrag
Die Eigentumsregelung für die besonderen spaltbaren Stoffe im Euratom-Vertrag
in 2. Deutsches Atomrechtssymposium
v. 15.5.1974
Referate und Diskussionsberichte
Köln-Berlin-Bonn-München 1974
- Derselbe Preisvergleich und Strukturvergleich bei der Mißbrauchsaufsicht nach §§ 103, 104 GWB
Köln- Berlin-Bonn-München 1977
- Maiberg, Hermann Zur Preiserhöhung im sogen. vertragslosen Zustand und über das Verhältnis vertraglicher Meistbegünstigungsklauseln zu § 26 Abs. 2 GWB
ET 1960/61, 207
- Malzer, Georg Energieversorgung und Kartellgesetz
WUW 1959, 780
- Derselbe Die Benutzung öffentlicher Wege zur Leitungsverlegung durch Versorgungsunternehmen und industrielle Eigenanlagen in kartellrechtlicher Sicht
WUW 1962, 252
- Derselbe EWG-Kartellrecht und Energieversorgung
WUW 1963, 203
- Derselbe Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung
Essen 1966
- Derselbe Die Auswirkungen des Kartellgesetzes auf das deutsche Energierecht
NJW 1972, 441
- Derselbe Das Recht der Energielieferungsverträge
Heidelberg 1976
- Mayer-Wegelin, Heinz GWB in: Der Wirtschafts-Kommentator
Teil C Wirtsch.R. I C.III/1

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Mestmäcker,
Ernst-Joachim (Hrsg) | Wettbewerb als Aufgabe -
Nach 10 Jahren Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968 |
| Derselbe | Europäisches Wettbewerbsrecht
München 1974 |
| Möhring, Philipp | Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen in der Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofes
NJW 1963, 133 |
| Mönig-Schmidt-
Schneider-Schürmann | Konzentration und Wettbewerb in der
Energiewirtschaft
München 1977 |
| Monopolkommission | Hauptgutachten 1973/75
Baden/Baden 1976 |
| Müller-Heenberg/
Schwartz | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und Europäisches Kartellrecht
Gemeinschaftskommentar
2. Auflage Köln-Berlin-Bonn-München 1963
3. Auflage Köln-Berlin-Bonn-München 1972 |
| Müller-Giessler | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen
2. Aufl. und 3. Aufl. Std. 1978 |
| Nester, Paul | Nachfragemacht und Kartellgesetz
Köln-Berlin-Bonn-München 1965 |
| Niederleithinger, Ernst | Die Stellung der Versorgungswirtschaft
im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen in: Veröffentlichungen des
Institutes für Energiewirtschaft an
der Universität Köln, Heft 18/19, 1968 |
| Reich, Norbert | Markt und Konzentration
ZRP 1977, 107 |
| Resch, Ingo | Preisbildung in der Elektrizitäts-
wirtschaft
Gräfeling/München 1966 |
| Rose, Klaus | Meistbegünstigung in:
Staatslexikon Recht, Wirtschaft,
Gesellschaft Bd. V, 6. Aufl.
Freiburg 1960 |
| Rupp, Hans-Heinrich | Verfassungsrecht und Kartelle, in:
Wettbewerb als Aufgabe -
nach 10 Jahren Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen
Bad Homburg v.d.H.-Berlin- 1968, S. 187 |
| Ruzek, Josef | Bedeutung und Tatbestände der §§ 22, 26
und 104 GWB für die öffentliche Energie-
versorgung
Tagung der VDEW 1959 in Berlin
ET 1959/60, 41 |

- Salje, Peter Preismißbrauch durch Energieversorgungs-
 unternehmen -Typische Fallgruppen und
 Methodenprobleme
 Köln-Berlin-Bonn-München 1978
- Sandrock, Otto Grundbegriffe des GWB
 München 1968
- Scheuten G.H. Das Europäische Kartellrecht aus der
 Sicht der deutschen Versorgungswirt-
 schaft
 ET 1962, 123
- Scheuten-Tegethoff Das Recht der öffentlichen Energie-
 versorgung
 Gräfeling/münchen Stand 1978
- Schmecke-Weber Der Schlüssel zur Wirtschaft
 Düsseldorf-Wien 1976
- Schönauer, Gustav Das Wettbewerbsgesetz und seine Be-
 deutung für die Energiewirtschaft
 GWf 1958, 397
- Schöppe, Günter Rückgang des mengenmäßigen Markt-
 anteils als Indiz für das Nichtvor-
 liegen einer überragenden Marktstellung
 DB 1977, 385
- Schreiber, Volker Zur Langfristigkeit von Gasversorgungs-
 verträgen
 DB 1978, 2205
- Schwaiger, Henning Die Bindung der Vertragsfreiheit im
 Elektrizitätsverkehr zwischen öffent-
 lichen Versorgungsunternehmen und
 industriellen Eigenerzeugern nach
 französischem, westdeutschen und EWG-
 Recht
 Frankfurt 1967
- Derselbe Zum Abschlußzwang des Leitungsinhabers
 in der Energiewirtschaft
 WUW 1968, 425
- Schweer, Joseph Diskriminierungsverbot und Kontra-
 hierungszwang
 Dissertation Münster 1962
- Seebauer, Werner Anwendungsbereich des Diskriminierungs-
 verbots in § 26 Abs. 2 GWB
 Dissertation München 1963

- | | |
|----------------------|---|
| Skiba, Günther | Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik
Frankfurt 1971 |
| Derselbe | Preisdiskriminierung und Weggbewerbsregeln des GWB
WUV 1972, 211 |
| Sölter, Arno | Nachfragefunktion, Nachfrageverhalten und Nachfragemacht
WRP 1977 S. 445 |
| Spengler, Albrecht | Der Diskriminierungstatbestand in der Rechtsprechung des BGH und in der Amtspraxis des BKartA
WUV 1963, 3 |
| Sucker, Michael | Die Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln nach § 15 GWB
DB 76, 181 |
| Tetzner, Heinrich | Kartellrecht
München-Berlin 1965 |
| Thiele, Willi | Wirtschaftsverfassungsrecht
2. Auflage, Göttingen 1974 |
| Trautmann, Lutz | Zur geänderten Praxis des Bundeskartellamtes gegenüber Meistbegünstigungsklauseln
WUV 1976, 185-290 |
| Ulmer, Peter | Zur Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und zum Schutz des intrabrand-Wettbewerbs im GWB
ZHR 130 (1968) 164 |
| Weise, Jürgen | Kartellgesetz und Versorgungsunternehmen
GWF 1959, 164 |
| Wengler, Wilhelm | Völkerrecht, Bd. II
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1964 |
| Westrick,/Loewenheim | GWB - Kommentar
4. Auflage, Stand 1.1.78 |
| Zohlhöfer, Werner | Wettbewerbspolitik im Oligopol
Tübingen 1968 |

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versorgungsbedingungen
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
bzgl.	bezüglich
DB	Der Betrieb
DIW	Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung
EG-V	Vertrag zur Gründung der Europäischen (Wirtschafts-) Gemeinschaft
EltW	Elektrizitätswirtschaft
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EuGH	Europäische Gerichtshof
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWG-V	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschafts-Gemeinschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz

GK	Gemeinschaftskommentar zum GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)
grds.	grundsätzlich
GWF	Gas- und Wasserfach
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hlbd.	Halbband
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Kammergericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenzeitschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
S.	Seite
SlG	Entscheidungssammlung des EuGH
Tz.	Textziffer
u.	und
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln
vergl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WUW	Wirtschaft und Wettbewerb
WUW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel

Teil A: Tatsächliche Erscheinungsformen und Wirkungen der Meistbegünstigungsklauseln

I. Problemstellung

In den Verträgen zwischen Lieferanten und Abnehmern von Waren tauchen, wenn die Verträge längerfristige Bindungen enthalten, des öfteren Klauseln auf, die die Preisgestaltung für die Abnehmer an die Preisgestaltung in Verträgen der Lieferer mit dritten Abnehmern koppeln. Allgemein werden diese Klauseln Meistbegünstigungsklauseln genannt. Sie sind gewöhnlich Bestandteil von langfristigen Liefererverträgen oder Rahmenverträgen über Warenlieferungen. So hatte im Jahre 1975 das Bundeskartellamt über eine Meistbegünstigungsklausel zu entscheiden, die Bestandteil von Einkaufsrahmenverträgen der Selbstbedienungsgroßmarktgruppe METRO/MAKRO mit den Lieferanten der dieser Gruppe angeschlossenen Firmen war ¹⁾. Das Bundeskartellamt hielt die Meistbegünstigungsklausel aus verschiedenen Gründen für unzulässig, was den Streit, ob und unter welchen Bedingungen die Meistbegünstigungsklausel zulässig ist, wieder zum Leben erweckte. Das gibt Anlaß dazu, an dieser Stelle die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel zu untersuchen.

Will man das tun, so ist es erforderlich, zunächst die Meistbegünstigungsklausel einmal in rein tatsächlicher Hinsicht auf Arten, Herkunft und Wirkung zu erforschen.

1) Arten der Meistbegünstigungsklausel

Die Meistbegünstigungsklausel koppelt, wie bereits angedeutet, den Preis zwischen dem Lieferer einer Ware und seinem die Klausel verwendenden Abnehmer an die Preisgestaltung des Lieferers bei Verträgen mit anderen, dritten Abnehmern. Die Situation, in

1) BKartA v. 23.9.1975 - B 7 - 711 910-TV-159
WUV/E BKartA 1583 ff; rechtskräftig.

der die Meistbegünstigungsklausel angewandt wird, ist dabei immer die gleiche.

Der Lieferer einer Ware schließt mit einem Abnehmer einen Vertrag über die Lieferung von Ware ¹⁾. Der Vertrag stellt ein Dauerschuldverhältnis dar; es ist dabei möglich, daß es direkt um die Lieferung von Ware geht, denkbar ist aber auch, daß der Vertrag eine Rahmenregelung über die Gestaltung von später abzuschließenden Lieferverträgen darstellt. Zugunsten des Abnehmers wird nun bzgl. der Preiskonditionen des Liefervertrages eine Meistbegünstigungsklausel vereinbart. Diese kann auf verschiedene Art gestaltet sein; herauskristallisiert haben sich aber bestimmte Formulierungen, die auf die eine oder andere Art immer bei den Meistbegünstigungsklauseln auftauchen.

a) Grundformen

Für die Regelung der Meistbegünstigung selbst sind drei Grundformen zu unterscheiden.

aa) In der Form "Blitzgeräte"

Zum einen wird in solchen Klauseln oft die Verpflichtung des Lieferers festgelegt, anderen, dritten Abnehmern keine besseren, günstigeren Preise und Bedingungen einzuräumen als dem klauselverwendenden Abnehmer. Eine solche Klausel lag der sogenannten "Blitzgeräte"-Entscheidung des BGH zugrunde ²⁾.

1) Meistbegünstigungsklauseln können auch Bestandteil von Patentlizenzerträgen sein; darauf soll hier aber nicht eingegangen werden.

2) BGH WUV/E BGH 1168, 1171 - "Blitzgeräte".

bb) In der Form "Schuhhandel"

Häufig ist auch die Verpflichtung des Lieferers zu finden, dem klauselverwendenden Abnehmer keine schlechteren, ungünstigeren Preise und Bedingungen zu gewähren, als dies bei dritten Abnehmern geschieht. Diese Art Klausel war unter anderem im Schuhhandel üblich und gab seinerzeit Anlaß zu einer Entscheidung des Bundeskartellamtes ¹⁾.

Auch die METRO/MAKRO-Gruppe wollte in dem bereits erwähnten Vertrag ursprünglich eine solche Klausel verwenden ²⁾.

cc) In der Form "Metro"

Schließlich wird der Lieferer oft verpflichtet, dem klauselverwendenden Abnehmer die gleichen Preise und Bedingungen zu gewähren wie dem dritten Abnehmer, dem die jeweils günstigsten Preise und Bedingungen gewährt werden. Diese Klauselform lag dem Beschluß des Bundeskartellamtes im Falle "METRO" zugrunde ³⁾. Sie wird auch allgemein als "wirtschaftliche Meistbegünstigungsklausel" bezeichnet wegen ihrer "wirtschaftlichen" Wirkung ⁴⁾. Eine solche Klausel kann im Übrigen auch Bestandteil einer Klausel nach dem Muster "Schuhhandel" sein; sie bestimmt dann im Falle der Verletzung der Klauselregelung als Rechtsfolge die Verpflichtung des Lieferers zur Anpassung des Preises gegenüber dem Klauselverwender an den jeweils günstigsten Preis ⁵⁾.

1) BKartA TB 1966 S. 51 - "Schuhhandel".

2) BKartA WUW/E BKartA 1583 ff.

3) BKartA WUW/E BKartA 1583, 1584.

4) Bezeichnung nach J. Apel, DB 1976, 2193

5) BKartA TB 1966 S. 51

b) Konkretisierende Formen

Neben diesen drei Grundformen für die Regelung der Meistbegünstigung werden für die Formulierung solcher Meistbegünstigungsklauseln noch eine Reihe von Nebenbestimmungen verwandt, die wiederum für Meistbegünstigungsklauseln bezeichnend sind. Auch diese Nebenbestimmungen beruhen im wesentlichen auf drei Grundformen.

aa) Leistungsbedingtheit der Meistbegünstigungsklausel

Eine besondere Variante begrenzt den Kreis der dritten Abnehmer, an deren Preisgestaltung die Klausel anknüpft. Es handelt sich dabei um die Regelung der "Leistungsbedingtheit" der Klausel. Die sogenannte "leistungsbedingte Meistbegünstigungsklausel" enthält den Zusatz, daß die Pflicht des Lieferers zur Meistbegünstigung nur eingreift, soweit dritte Abnehmer die gleichen oder gleichartige Gegenleistungen erbringen, wie sie der klauselverwendende Abnehmer dem Lieferer gegenüber erbringt¹⁾:

bb) Meistbegünstigung bei geringerer Gegenleistung

Die zweite, häufig zu findende Variante erweitert die Pflicht zur Meistbegünstigung auch auf die Fälle, wo den dritten Abnehmern zwar die gleichen Konditionen gewährt werden wie dem klauselverwendenden Abnehmer, der Lieferer hierfür jedoch geringere Gegenleistungen erhält²⁾. In diesem Falle würde die Pflicht des Lieferanten dem Klauselverwender gegenüber dahingehen, daß er für eine Anpassung des Umfanges der Gegenleistung zugunsten des Klauselverwenders zu sorgen hätte.

1) BKartA TB 1966, S. 51; WUW/E BKartA 1585; M. Sucker "Die Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln nach § 15 GWB". DB 1976, 181, 181; Löhr-Löhr "Zur kartellrechtlichen Bewertung der Meistbegünstigungsklausel" BB 1976, 1370, 1371.

2) Sozusagen eine umgekehrte Leistungsbedingung, BKartA TB 1966 S. 51.

cc) Erstattungsverpflichtung

Die dritte teilweise verwandte Nebenbestimmung betrifft die Regelung der Rechtsfolge der Meistbegünstigungsverpflichtung. Normale Meistbegünstigungsklauseln erfassen, soweit sie eine Pflicht des Lieferers zur Preisanpassung enthalten, nur die Zukunft¹⁾. Hat also ein Lieferer den Preis gegenüber dritten Abnehmern gesenkt und erfährt diese Verletzung der Klauselverwender erst später, so kann er nur die Anpassung vom Jetzt-Zeitpunkt an verlangen. Die hier angesprochene Nebenbestimmung betrifft nun den zurückliegenden Zeitraum. Sie legt dem Lieferer eine Erstattungsverpflichtung in der Form auf, daß dieser die seit der Besserstellung eines dritten Abnehmers vom Klauselverwender innerhalb eines vertraglich näher bestimmten Zeitraumes "zuviel gezahlten" Beträge diesem zurückzahlen muß²⁾.

2) Herkunft der Meistbegünstigungsklausel

Die aus dem Gebiet des Wettbewerbsrechtes stammende Meistbegünstigungsklausel hat ihre Bedeutung vor allem im Welthandel erlangt.

a) Rechtliche Einordnung

Von der Rechtswissenschaft aus gesehen stammt die Meistbegünstigungsklausel aus dem Wettbewerbsrecht³⁾. Im Wettbewerb sind Partner, die Leistungsbeziehungen auf vertraglicher Basis unterhalten, darauf angewiesen, ihre Vertragskonditionen jeweils individuell auszuhandeln.

1) Löhr-Löhr a.a.O.

2) G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 17;
F. Hermanns, "Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln" WUV 1968, 671

3) A. Elster in Stier-Somlo/Elster, "Handwörterbuch der Rechtswissenschaft" Bd. 4 S. 33.

Will einer der Vertragspartner den wettbewerblichen Vorstoß eines anderen, der mit seinem Partner ebenfalls vertragliche Leistungsbeziehungen unterhält, abfangen, so muß er von den Konditionen her zu diesem aufschließen. Er ist also darauf angewiesen, in neue Verhandlungen einzutreten und muß eventuelle langfristige Bindungen unterbrechen, also z.B. kündigen. Dabei ist selbstverständlich nicht sichergestellt, daß ihm dieses auch gelingt. Verfügt der andere Partner über größere wirtschaftliche Macht, so wird dieser in der Regel die Konditionen im status quo halten können. Er mag auch seinerseits neue Verhandlungen veranlassen und die Konditionen dem anderen gegenüber verschlechtern, also z.B. den Preis für eine Ware heraufsetzen. Dieses Risiko neuer Verhandlungen wird durch die Verwendung der Meistbegünstigungsklausel vermieden. Es kommt dann nämlich nur einmal zu einer Verhandlung und damit "individuellen Kraftprobe", und zwar bei Abschluß des Vertrages im Punkt Durchsetzung der Meistbegünstigungsklausel. Späterer neuer Verhandlungen zur Anpassung der Vertragskonditionen bedarf es für den klauselverwendenden Vertragspartner nicht. Er braucht keine neuen Konditionen mehr auszuhandeln, sondern hat sich an die Verhandlungsergebnisse anderer "angehängt" bzw. dafür gesorgt, daß seine Konditionen jeweils die besten sind¹⁾. Bezüglich einer Abschwächung seiner wirtschaftlichen Macht braucht er sich nicht zu sorgen, denn seinem Vertragspartner nützt dessen Erstarken nichts; durch die Meistbegünstigungsklausel ist er verpflichtet, dem Klauselverwender die jeweils günstigsten Konditionen zu gewähren, unabhängig von dessen wirtschaftlicher Situation. Die Klausel verhindert also das Aushandeln individueller Konditionen

1) Die Konditionen der Dritten stellen die Vergleichsgröße zur Bestimmung der Konditionen des Klauselverwenders dar, entspr. Löhr-Löhr BB 1976, 1370.

für den Klauselverwender und somit das "Spiel der Kräfte", das wohl als das Grundprinzip des Wettbewerbs bezeichnet werden kann¹⁾.

b) Verwendung im Welthandel

Trotz ihrer Stellung im Wettbewerbsrecht erlangte die Meistbegünstigungsklausel ihre hervorragende Stellung nicht dort, sondern vor allem im zwischenstaatlichen Handel. Seit dem 17. Jahrhundert sind Meistbegünstigungsklauseln Bestandteil internationaler Handelsverträge²⁾. Die in diesen Verträgen verwendete Form der Klausel verpflichtet den jeweiligen Vertragspartner, dem klauselverwendenden Staat die gleichen Vorteile bei der Behandlung von Waren, Staatsangehörigen und Verkehrsmitteln zu gewähren, die er anderen Staaten gewährt³⁾.

Verstärkt wurde die Meistbegünstigungsklausel seit 1860 mit Abschluß des sogenannten Cobden-Abkommens zwischen England und Frankreich verwendet⁴⁾.

1) Hier ist speziell der Preiswettbewerb betroffen, den durchzuführen dem Lieferer heute in der Regel nur durch Gewährung von Vorzugskonditionen möglich ist.

KG WUW/E OLG 1253 "Tuben", WUW/E OLG 1327.

2) A. Elster a.a.O.; M. Sucker DB 1976, 181; K. Rose in Staatslexikon der Görres-Gesellschaft Sp. 653, 654; W. Wengler, "Völkerrecht", S. 1114 f.

3) K. Rose a.a.O. Sp. 654; W. Wengler a.a.O., S. 1129, H.J. Mahnke in Schmacke-Weber, "Der Schlüssel zur Wirtschaft", S. 128.

4) K. Rose a.a.O. Sp. 655.

So enthielten allein bis 1914 90 % aller deutschen Außenhandelsverträge Meistbegünstigungsklauseln¹⁾. Auch nach dem zweiten Weltkrieg behielt die Meistbegünstigungsklausel ihre Bedeutung bei. Sie ist z.B. wichtigster Bestandteil des GATT²⁾, des im Jahre 1947 in Genf geschlossenen Handelsabkommens, über das rund 90 % des gesamten Welthandels abgewickelt werden³⁾.

3) Wirkung der Meistbegünstigungsklausel

Welche Wirkungen hat nun die Meistbegünstigungsklausel? Im wesentlichen lassen sich insoweit drei durch die Klauselverwendung erzielte "Effekte" unterscheiden; diese Effekte machen sich alle Klauselverwender, sowohl im internationalen Handel als auch in nationalen Lieferverträgen, zunutze.

a) Der Begünstigungseffekt

Es wurde bereits erwähnt, daß ein Klauselverwender keine individuellen Konditionen mehr auszuhandeln braucht. Er hängt sich an die Verhandlungsergebnisse anderer Vertragspartner seiner Gegenpartei an und kann auf diese Weise sichergehen, daß er ebenfalls die jeweils günstigsten Bedingungen erhält⁴⁾. Diese Wirkung tritt in den Fällen der sogenannten "Schuh- oder Metroklauseln" auf, man kann sie stichwortartig als "Begünstigungseffekt" bezeichnen⁵⁾. Anders liegt die Sache bei Klauseln der Art, wie sie der "Blitzgeräte"-Entscheidung des BGH zugrunde lag. Hier zieht der Klauselverwender nicht nach, sondern setzt seine Konditionen für seinen Partner verbindlich als günstigste

1) K. Rose a.a.O. Sp. 655.

2) Art. 1 GATT; die Klausel ist unbedingt, W. Wengler a.a.O. S. 1129 Fußnote 3.

3) K. Rose a.a.O. Sp. 656; W. Wengler a.a.O.; H.J. Mahnke in Schmacke-Weber, "Der Schlüssel zur Wirtschaft", S. 127 f.

4) Siehe S. 5 f., I 2 a.

5) Diesem Effekt verdankt die Meistbegünstigungsklausel ihren Namen.

Konditionen fest, so daß er zum "Meistbegünstigten" wird¹⁾.

b) Der Gleichschaltungseffekt

Wichtiger als der Begünstigungseffekt ist der "Gleichschaltungseffekt". Die so beschriebene Wirkung beruht auf der Tatsache, daß, da der Klauselverwender keine individuellen Konditionen auszuhandeln braucht, er die gleichen Konditionen des - oder der - meistbegünstigten Dritten erhält. Er steht also, was den Ausgangspunkt seiner auf dem Vertrag aufbauenden Aktivitäten betrifft, mit diesen auf gleicher Stufe und ist ihnen somit "gleichgeschaltet"²⁾. Verwenden nun mehrere Vertragspartner die Meistbegünstigungsklausel untereinander, errichten sie also ein Netz von Meistbegünstigungsklauseln, so vereinheitlichen sich die Konditionen bzgl. dieser Partner von Verträgen³⁾. Das hat man sich bei der Errichtung des GATT zunutze gemacht, um z.B. für einheitliche Zollkonditionen zu sorgen⁴⁾. Ist der Außenhandel also von niedrigen Zöllen gekennzeichnet, wird der geringste Zollsatz für die Partner des Abkommens verallgemeinert. Somit werden Diskriminierungen im Zollsysteem vermieden und die Zollschränken letztendlich abgebaut, da für alle beteiligten Nationen

1) BGB WUW/E BGH 1168; G. Schwartz in GK § 15 Rdn. 17. M. Sucker äußert wegen dieser Wirkung Zweifel, ob diese Klauselvariante als echte Meistbegünstigungsklausel im eigentlichen Sinne betrachtet werden kann; DB 1976, 181.

2) Entsprechend F. Hermanns WUW 1968, 671, 672.

3) F. Hermanns WUW 1968, 671, 672.

4) W. Wengler, "Völkerrecht" S. 1129; H.J. Mahnke in Schmacke-Weber a.a.O.

die Zölle gleich sind¹⁾.

c) Der Begünstigungssperreneffekt

Die Meistbegünstigungsklausel kann aber auch das Gegenteil des Begünstigungseffektes bewirken; sie kann Verbesserungen von Konditionen verhindern, die Konditionen sogar künstlich hoch halten. Diese Wirkung kann als "Begünstigungssperreneffekt" bezeichnet werden. Bei den "Blitzgeräte"-Klauseln ist die Begünstigungssperre erklärtes Vertragsziel. Da nach ihrem Inhalt die Konditionen des Klauselverwenders, die vertraglich festgelegt sind, die günstigsten sein sollen, ist sichergestellt, daß niemand besser gestellt werden kann als der Klauselverwender. Die Möglichkeit der Begünstigung Dritter durch Besserstellung gegenüber dem Klauselverwender ist somit "gesperrt".

Aber auch bei Klauseln in der "Schuh"- oder "Metro"-Form kann dieser Effekt auftreten. Bei ihnen beruht er mittelbar auf dem Begünstigungseffekt. Dieser bedeutet ja, daß der zur Meistbegünstigung Verpflichtete seine Konditionen einem Dritten gegenüber nicht einseitig verbessern kann, sondern daß er das auch zugunsten des Klauselverwenders tun muß. Das kann

1) K. Rose in Staatslexikon der Görres-Stiftung Sp. 656.

2) M. Sucker, DB 1976, 181; G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 14, F. Hermanns WUV 1968, 671, 673.

für ihn so nachteilig sein, daß er die Begünstigung lieber unterläßt¹⁾. Um bei dem Beispiel der Zollpolitik zu bleiben, so muß bei ihr berücksichtigt werden, daß die Zollabgabe eine wichtige Einnahmequelle des Staates ist. Ein zur Meistbegünstigung verpflichteter Staat kann sich also gezwungen sehen, eine Zollsenkung zu unterlassen, weil sich nicht nur die Einnahmen bzgl. des Dritten, sondern auch des Klauselverwenders senken und die Zollsenkung daher für ihn zu teuer wird²⁾. Die Folge ist, daß Konditionen künstlich schlecht gehalten werden, also z.B. Zollschränken aufrechterhalten werden³⁾. Auch hierfür gibt es im internationalen Handel konkrete Beispiele. So enthielten die Versailler-Verträge zum Abschluß des 1. Weltkrieges eine Meistbegünstigungsklausel, die das besiegte Deutschland einseitig zur Meistbegünstigung zugunsten der Alliierten verpflichtete. Aufgrund des oben geschilderten Effektes war Deutschland nicht nur wirtschaftlich an die Alliierten gefesselt, sondern war auch gezwungen, die Ausfuhrzölle hoch zu halten, so daß es im internationalen Handel nicht konkurrenzfähig war⁴⁾.

Die Beschreibung der Effekte der Meistbegünstigungsklausel zeigt, daß sie nicht nur unbequeme Verhandlungen vermeidet, sondern auch als gezieltes

1) Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371;
J. Apel DB 1976, 2193, 2194.

2) K. Rose a.a.O. Sp. 656.

3) K. Rose a.a.O.

4) K. Rose a.a.O. Sp. 654;
A. Elster in Stier-Somlo/Elster,
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft S. 32.

Machtmittel eingesetzt werden kann, das es dem Klauselverwender erlaubt, mit anderen auf seiner Stufe stehenden mühelos Schritt zu halten und diesen sowie dem zur Meistbegünstigung verpflichteten Vertragspartner zu schaden.

d) Die Meistbegünstigungsklausel im Wettbewerb

Nachdem die Grundlagen und die Funktionsweise der Meistbegünstigungsklausel dargelegt sind, soll nunmehr auf ihre Bedeutung im Wettbewerb eingegangen werden.

aa) Verwendung

Wie schon ausgeführt, ist die Meistbegünstigungsklausel in einer der o.a. Formen auch gerade in jüngerer Zeit häufiger Bestandteil von langfristigen Lieferverträgen bzw. Rahmenverträgen. Gerade in Verträgen von Unternehmen der leitungsgebundenen Energieversorgung, sei es als Lieferer oder Belieferter von leitungsgebundener oder Primärenergie, werden diese Klauseln verwendet¹⁾. Meistbegünstigungsklauseln finden sich oft auch in Lizenzverträgen zugunsten des Lizenznehmers²⁾. Der Grund für ihre Verwendung in solchen Verträgen ist, daß sie langfristige Bindungen enthalten und der Begünstigungseffekt es dem Klauselverwender erlaubt, auch bei langfristigen Bindungen an Preissenkungen teilzunehmen, die ihm sonst nicht zugute kämen.

1) H. Maiberg ET 1960/61, 207, 209;
Ludwig-Cordt-Stech IV. Teil GWB § 103 S. 173.

2) W. Klemp DB 1977, 1301; entspr. BKartA TB 1974 S. 89; Longen-Niederleithinger-Schmidt § 20 Rdn. 4.

Er braucht dann, wenn er günstigere Konditionen aushandeln will, den Vertrag nicht jedesmal zu kündigen und hat somit eine bessere Kalkulationsgrundlage. Die Meistbegünstigungsklausel dient insoweit dem Erhalt langfristiger Bindungen.

bb) Auswirkungen

Aufgrund des Gleichschaltungs- und des Begünstigungssperreneffektes birgt die Meistbegünstigungsklausel auch Gefahren für den Wettbewerb. In privatwirtschaftlichen Verträgen bezieht sich die Meistbegünstigungsklausel hauptsächlich auf die Preisgestaltung zwischen Lieferer und Klauselverwender¹⁾. Da die Meistbegünstigungsklausel das Aushandeln individueller Konditionen verhindert, führt der Gleichschaltungseffekt dazu, daß der Klauselverwender dem jeweils meistbegünstigten Dritten, also dem, der die günstigsten Preise erhält, gleichgeschaltet wird. Er steht also bzgl. seiner Kosten auf dem gleichen Ausgangspunkt wie der Dritte²⁾. Interessant ist diese Tatsache für den Klauselverwender dann, wenn es sich bei den Dritten um Mitwettbewerber handelt, und das wird häufig der Fall sein. So sind im Falle METRO als Dritte andere Händler als Abnehmer der Ware der zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferer denkbar. Diese sind Mitwettbewerber der Firma METRO. METRO und dritte Händler sind bzgl. der Kosten gleichgeschaltet, so daß sie wettbewerblich auf der gleichen Stufe stehen. Hierdurch können zwar Diskriminierungen abgefangen werden, andererseits ist dem Mitwettbewerber ein

1) Entspr. H.W. Giefers WRP 1966, 126;
aber auch die Konditionen sind betroffen,
siehe dazu M. Sucker DB 1976, 181;
Löhr-Löhr BB 1975, 1370.

2) Löhr-Löhr a.a.O.

Vorstoß in der Form des Aushandelns besserer Konditionen nicht mehr möglich¹⁾. Außerdem aber wird der Preis für den Klauselverwender nicht mehr im Wettbewerb ermittelt. Ein Netz von Meistbegünstigungsklauseln führt zu einer Gleichschaltung aller Abnehmer bzgl. des Preises einer Ware und somit zu einer einheitlichen Preisfront. Der Preiswettbewerb kommt dadurch zum Erliegen²⁾.

Auch der Begünstigungssperreneffekt kann bei privatwirtschaftlichen Verträgen auftreten. Während der zur Meistbegünstigung verpflichtete Lieferer die Preissenkung einem Dritten gegenüber verkraften kann, kann sie dadurch, daß er den Preis auch gegenüber dem Klauselverwender senken muß, zu teuer werden, um so mehr, wenn er mehreren Abnehmern die Meistbegünstigungsklausel gewährt hat. Dadurch wird der Preis für die betreffende Ware künstlich hochgehalten³⁾. Das ist für den zur Meistbegünstigung Verpflichteten nachteilig, denn er ist im Wettbewerb mit anderen Lieferanten um diese Abnehmer behindert; ein Teil der Abnehmer wandert ab und potentielle Abnehmer werden abgeschreckt. Dadurch kann sich der

-
- 1) Somit zielt die Klausel im Ergebnis auf ein Diskriminierungsverbot. Entspr. F. Hermanns WUW 1968, 671, 672.
 - 2) BKartA WUW/E BKartA 1583, 1585 unter Verweis auf KGWUW/E OLG 1253 "Tuben" u. WUW/E OLG 1327; ebenso im Ergebnis auf H.W. Gieffers WRP 1966 126, obwohl er die Klausel ansonsten für zulässig hält, und G. Schwartz in GK 3. Aufl., § 15 Rdn. 14, unter Berufung auf F. Hermanns a.a.O.
 - 3) Das entspricht der bereits geschilderten Wirkung der internationalen Meistbegünstigungsklausel bzgl. der Zölle; siehe I 3 c S. 11 unter Verweis auf K. Rose a.a.O. Sp. 656.

kann sich der Markt für die betreffende Ware verkleinern, der Lieferer ist auf die Abnahme durch den Klauselverwender mehr als vorher angewiesen und wird von diesem abhängig ¹⁾. Das macht die Meistbegünstigungsklausel zu einem probaten Mittel für marktstarke Nachfrager, ihre Lieferer an sich zu binden ²⁾. Diese sind gewöhnlich auch in der Lage, die Klausel durchzusetzen ³⁾, während nicht so mächtige Abnehmer die Klausel nicht ohne weiteres erhalten werden.

Auch aus einem anderen Grund ist die Klausel für diesen Kreis von Abnehmern interessant. Werden die Preise für die betreffende Ware hochgehalten, so erschwert das die Kalkulation des Abnehmers. Sein Weiterverkaufspreis bzw. der Preis seines Endproduktes, falls die Ware verarbeitet wird, wird dadurch auch erhöht. Der marktstarke Nachfrager, der über größere Ressourcen und daher über einen weiteren Kalkulationsrahmen verfügt, wird in der Regel in der Lage sein, den hohen Preis eher hinzunehmen. Er erhält dadurch daß die von ihm verwendete Meistbegünstigungsklausel die Preise hochhält, gegenüber seinen Mitwettbewerbern, sofern sie ebenfalls Abnehmer des zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferers sind, einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung ⁴⁾.

-
- 1) So im Ergebnis auch Löhr-Löhr BB 1975 1370, 1371; sie sind der Ansicht, daß die Klausel den Lieferer an wettbewerblich vernünftige Preissenkungen hindert.
 - 2) Gerade diese benutzen oft die Meistbegünstigungsklausel; M Sucker DB 1976, 181, 182.
 - 3) M. Sucker a.a.O.
 - 4) Im Ergebnis auch so H. Arndt, "Markt und Macht" S. 144.

Die einzige Möglichkeit für den Dritten, diesem zu begegnen, nämlich relativ günstige Preise im Vergleich zum Klauselverwender auszuhandeln, ist ihm genommen. Letztlich kann die Klausel auf diese Weise sogar einen Konzentrationsprozeß fördern.

Die Auswirkungen und Gefahren für den Wettbewerb lassen sich also wie folgt zusammenfassen:

Der Gleichschaltungseffekt bewirkt, vor allen Dingen bei einem Netz von Meistbegünstigungsklauseln, eine einheitlich Preisfront und damit eine Behinderung bzw. sogar ein Erliegen des Preiswettbewerbs.

Der Begünstigungssperreneffekt bewirkt dadurch, daß die Preise für die zu liefernde Ware hochgehalten werden, daß der Lieferer an den Klauselverwender gefesselt und von diesem abhängig wird. Außerdem gibt er zusammen mit dem Gleichschaltungseffekt dem Klauselverwender, wenn dieser über größere wirtschaftliche Macht verfügt als Dritte, einen erheblichen wettbewerblichen Vorsprung.

Es ist allerdings ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß diese Folgen auftreten können, aber nicht auftreten müssen. So wird eine einzelne Meistbegünstigungsklausel nicht zu einer Erstarrung der Preisfront führen und auch nicht in jedem Falle die Anpassungsverpflichtung des zur Meistbegünstigung verpflichteten Vertragspartner zum Auftreten des Begünstigungssperreneffektes ¹⁾.

Eine Erstarrung der gesamten Preisfront tritt erst dann ein, wenn die Meistbegünstigungsklausel

1) J. Apel, DB 1976, 2193, 2194 f;
G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn 14, 15.
Auch Sucker und Löhr-Löhr erkennen dieses an,
wenn auch mit anderen Schlußfolgerungen;
M. Sucker a.a.O., Löhr-Löhr a.a.O.

von einer Vielzahl von Abnehmern verwendet wird. Die Ausschaltung des Preiswettbewerbes zugunsten eines Abnehmers beseitigt die Möglichkeit zu Preisdifferenzierungen und damit die Möglichkeit des Preiswettbewerbs bzgl. anderer Abnehmer untereinander nicht.

Genauso besteht eine konkrete Gefahr des Auftretens der Begünstigungssperre nur, wenn der Lieferer wirtschaftlich schwach bzw. der Abnehmer besonders stark ist, so daß die durch die Klausel bedingten Nachteile einer Preissenkung zugunsten anderer Abnehmer für den Lieferer untragbar sind. Der Lieferer nimmt unter Umständen diese Nachteile in Kauf, um z.B. dem Druck dritter Nachfrager nachzugeben.

Außerdem ist die Meistbegünstigungsklausel oft ein Ausdruck der wirtschaftlichen Macht des Nachfragers, muß es aber nicht sein. So kann die Klausel also als Wettbewerbsmittel verwendet werden ¹⁾.

Trotzdem sind die Gefahren für den Wettbewerb nicht zu übersehen.

II. Zweck der Untersuchung

Wegen der Auswirkungen der Meistbegünstigungsklausel auf den Wettbewerb stellt sich die Frage ihrer Zulässigkeit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Meistbegünstigungsklausel ist gerade für Energieversorgungsunternehmen der leitungsgebundenen Energieversorgung interessant, weil gerade bei deren Verträgen ein großes Interesse aller Beteiligten an der Langfristigkeit der vertraglichen Bindung besteht. Ziel dieser Arbeit ist

1) Entspr. L. Trautmann, "Zur geänderten Praxis des Bundeskartellamtes gegenüber Meistbegünstigungsklauseln" WUV 1976, 285, 286.

es daher, die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel für Energieversorgungsunternehmen zu untersuchen. Dazu bedarf es zunächst einmal der Prüfung, ob die Meistbegünstigungsklausel überhaupt allgemein zulässig ist, ggf. der Feststellung der Kriterien, nach denen sie zulässig oder unzulässig ist. Dieses soll Inhalt des folgenden zweiten Teils sein. Erst dann kann festgestellt werden, was für Verträge von Energieversorgern gilt. Da das GWB in § 103 eine Reihe von Sonderregelungen für bestimmte Verträge von Unternehmen der leitungsgebundenen Energieversorgung enthält, soll im dritten Teil die Zulässigkeit der Klausel in den Ausnahmereichen des § 103 GWB untersucht werden.

Die Zulässigkeit der Klausel in anderen Verträgen der leitungsgebundenen Energieversorgung wird in diesem Kapitel ebenfalls behandelt.

Auf die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel in Lizenzverträgen soll in diesem Rahmen nicht eingegangen werden.¹⁾

Nicht eingegangen werden soll in dieser Arbeit auf die Frage der Vereinbarkeit eines evtl. Verbotes der Meistbegünstigungsklausel mit dem Grundgesetz²⁾.

Erwähnt sei noch, daß die EG-Kommission Meistbegünstigungsklauseln für vereinbar mit Art. 85 Abs. 1 EG-V hält³⁾, solange sie einem vernünftigen Interessenausgleich dienen⁴⁾.

-
- 1) Dazu ausführlich W. Klemp DN 1977, 1301 ff.
 - 2) Vgl. hierzu H.H. Rupp, "Verfassungsrecht und Kartelle", in: "Wettbewerb als Aufgabe", S. 205, auch W. Thiele, "Wirtschaftsverfassungsrecht", S. 136 ff.
 - 3) EG-Kommission v. 17.7.1968, WUW/E EV 195, 197 "ACEC-Berliet"; siehe auch Gleiss-Hirsch, "Kommentar zum EWG-Kartellrecht", Art. 85 (1) EWG Rdn. 110.
 - 4) Aus der Argumentation der Kommission läßt sich ableiten, daß sie auf die Interessen von Berliet abstellte, eine mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Forschungsergebnisse durch ACEC zu verhindern. Ein Mißbrauch der Meistbegünstigungsklausel würde möglicherweise zu einer anderen Beurteilung führen. Vgl. auch Gleiss-Hirsch Art. 85 (1) EWG-V Rdn. 188 322 m.w.N.

Auf die Frage, wie ein dadurch möglicherweise entstehendes Konkurrenzproblem zwischen deutschem und europäischem Recht zu lösen ist, soll ebenfalls nicht eingegangen werden ¹⁾.

Teil B: Rechtliche Beurteilung der Meistbegünstigungsklausel

Zweifel an der gesetzlichen Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel können dadurch entstehen, daß die wettbewerblichen Erfolge jeweils so erzielt werden, daß der Klauselverwender durch die Meistbegünstigungsklausel den zur Meistbegünstigung Verpflichteten dazu zwingt, dessen Konditionen gegenüber dem Klauselverwender an solche gegenüber Dritten zu knüpfen, so daß die Klausel eine Beziehung zwischen den Preisen des Klauselverwenders und Drittpreisen herstellt ²⁾.

I. Zulässigkeit gem. § 15 GWB

Eine gesetzlich Zulässigkeitsregelung in diesem Sinne findet sich in § 15 GWB. Diese Vorschrift betrifft die Einflußnahme durch Regelungen eines Vertrages auf Verträge eines Vertragspartners mit Dritten.

1) Inhalt und Schutzbereich des § 15 GWB

Gem. § 15 GWB sind Verträge nichtig, soweit die Vertragspartner in ihrer Entschließungsfreiheit beschränkt sind, Preise und Geschäftsbedingungen von Verträgen selbst zu bestimmen ³⁾. Der § 15 GWB geht also davon aus, daß ein Vertragspartner in der

-
- 1) Vergl. hierzu Gleiss-Hirsch Art. 85 (1) EWG-V Rdn. 59, E.-J. Mestmäcker, "Europäische Wettbewerbsrecht", S. 127 ff. m.w.N.; Gegenmeinung bei N. Koch, "Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", BB 1959, 241 ff.
 - 2) Sog. "Ausstrahlungswirkung", vergl. Löhr-Löhr BB 1975, 1370.
 - 3) G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 2

Bestimmung von Preisen und Konditionen in Verträgen mit anderen frei sein soll. Regelungen in einem Vertrag, die diese Freiheit gegenüber Dritten beschränken, sind verboten; sie sind nichtig, nicht hingegen der ganze Vertrag, was sich aus der Verwendung des Wortes "soweit" ergibt ¹⁾.

Der Inhalt des § 15 GWB läßt darauf schließen, daß diese Vorschrift den Schutz der individuellen Handlungsfreiheit der Vertragspartner bezweckt. Die Auslegung ist jedoch in der Literatur nicht unbestritten, so wird diskutiert, ob nicht auch oder sogar nur der Wettbewerb als Institution geschützt wird. Die Bestimmung des Schutzbereichs des § 15 GWB ist aber für Untersuchung einer vertraglichen Regelung auf ihre Zulässigkeit gem. § 15 GWB wichtig ²⁾, wie gerade der Fall der Meistbegünstigungsklausel zeigt. Wie bereits im ersten Teil dargelegt wurde, kann die Klausel Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, sie muß es aber nicht. Würde man die individuelle Handlungsfreiheit als vom Schutzbereich des § 15 GWB erfaßt ansehen, käme es nur darauf an, ob die Klausel diese Handlungsfreiheit beschränkt. Stellte man hingegen nur auf den Schutz der Institution Wettbewerb ab, so könnten unter Umständen nur die Fälle erfaßt werden, in denen der Wettbewerb beschränkt wird ³⁾.

In der Diskussion um den Schutzbereich des § 15 GWB haben sich zwei Extrempositionen herausgebildet.

-
- 1) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 26; BGH WUW/E BGH 1404; G. Schwartz in GK § 15 Rdn. 45
 - 2) Darauf weist J. Apel, DB 1976, 2193, 2194 zutreffend hin.
 - 3) So im Ergebnis wohl auch J. Apel, a.a.O; Apel hält den anderen Autoren zu Recht in diesem Punkt undifferenzierte Prüfung vor.

a) Individualschutz als Schutzzweck des
§ 15 GWB

Gestützt auf den Wortlaut des § 15 GWB wird vertreten, daß § 15 GWB nicht den Wettbewerb als Institution, sondern die individuelle wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Vertragspartner schützt. Einer Beziehung auf einen mit dem Partner bestehenden Wettbewerb bedarf es nicht ¹⁾.

b) Schutz der Institution Wettbewerb als Zweck
des § 15 GWB

Die Gegenposition sieht als Schutzzweck des § 15 GWB den Schutz des Wettbewerbs als Institution an. Sie argumentiert hauptsächlich damit, daß derjenige, der auf seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit verzichte, des Schutzes des § 15 GWB nicht bedürfe ²⁾.

1) So vernehmlich P. Ulmer, "Zur Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und zum Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs im GWB", ZHR 130 (1968), 164, 178, 186; auch G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 2; Müller-Giessler § 15 Rdn. 3; auf das GWB allgemein bezogen ebenso K.H. Biedenkopf, "Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot - vom Sinn des GWB" S. 11 ff. R. Lukes "Der Kartellvertrag" S. 28 ff, 185 299, 302.

2) So W. Benisch, "Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit", WUV 1961, 764 ff; Frankfurter Kommentar § 35 Tz 31, ebenso H. Müller-Henneberg in GK 2. Aufl. Einführung IV a.E.; weitere Nachweise bei W. Benisch WUV 1961, 764, 765, Fußn. 5.

c) Zwischenpositionen

Zwischen diesen Extremen haben sich eine Reihe von Zwischenpositionen herausgebildet.

Teilweise wird davon ausgegangen, daß § 15 GWB ebenso wie §§ 1 ff GWB dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit gegen Beschränkungen durch vertragliche Bindungen zum Nachteil außerhalb des Vertrages stehender Dritter diene. Der Tatbestand des § 15 GWB ist danach erfüllt, wenn einem Vertragspartner eine "wesensfremde" Bindung auferlegt wird, die ihn in seiner Bewegungsfreiheit zum Nachteil Dritter behindert¹⁾. Diese Meinung unterscheidet sich von der Position b) dadurch, daß der Schutzbereich sich nicht auf die Institution Wettbewerb an sich erstreckt, sondern etwas eingeengt wird.

Eine andere Ansicht sieht als Schutzgut des § 15 GWB sowohl die individuelle Handlungsfreiheit als auch den Wettbewerb als Institution an²⁾.

Schließlich wird auch vertreten, daß Individual- wie auch Institutionenschutz einzelne Ausprägungen ein und des gleichen Schutzprinzips seien. Den Vertretern anderer Ansichten wird vorgeworfen, daß die Auseinandersetzung über Individual- und Institutionenschutz von ideologischen Erwägungen durchsetzt sei. Im Ergebnis sieht auch diese Meinung sowohl die individuelle Handlungsfreiheit als auch den Wettbewerb als geschützt an³⁾.

1) Vornehmlich Baumbach-Hefermehl, "Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht", 8. Aufl. § 15 Vorbem. 1, 2, Anm. 1.

2) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 7; F. Koenigs, "Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs", NJW 1961, 1041

3) E. Hoppmann, "Zum Schutzobjekt des GWB", in "Wettbewerb als Aufgabe", S. 61, 102 f.

d) Schutzzweck des § 15 GWB:

Institutionsschutz durch Individualschutz

Die Autoren, die - zumindest auch - den Schutz der individuellen Handlungsfreiheit als Zweck des § 15 GWB ansehen, haben den Wortlaut des Gesetzes für sich¹⁾. Dagegen müssen sich die Vertreter der Gegenmeinung entgegenhalten lassen, daß ihre Meinung zu sehr auf Kartelle abgestellt sei²⁾. Die Regelungen über Kartellverträge unterscheiden sich aber wesentlich von § 15 GWB. Das GWB trennt in seinem ersten Teil, überschrieben "Wettbewerbsbeschränkungen", die "Kartellverträge und Kartellbeschlüsse", 1. Abschnitt, von den "sonstigen Verträgen", 2. Abschnitt, Kartellverträge zeichnen sich dadurch aus, daß die Vertragspartner ihre Handlungsfreiheit zu einem gemeinsamen Zweck begrenzen³⁾, während der gemeinsame Zweck bei den "sonstigen Verträgen" gerade nicht erforderlich ist⁴⁾. Hier geht es um die Wahrung der individuellen Interessen der Parteien; der § 15 GWB bezieht sich somit insbesondere auf Austauschverträge, in deren Natur es liegt, daß sie zwischen Partnern verschiedener Wettbewerbsstufen abgeschlossen werden (vertikale Verträge)⁵⁾; zwischen denen in der Regel kein Wettbewerbsverhältnis bestehen wird, was andererseits in Kartellverträgen

1) G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 2;
Müller-Giessler § 15 Rdn. 3.

2) Das gilt speziell für die Argumentation von Baumbach-Hefermehl, der § 15 GWB mit § 1 GWB vergleicht, und Benisch, der seine Argumentation verstärkt auf Kartellverträge bezieht und sich mit § 15 GWB nicht auseinandersetzt.

3) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 1 Rdn. 20, 21; § 15 Rdn. 3; BKartA TB 1974, 57.

4) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 3.

5) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 4.

die Regel sein wird¹⁾. Auch bedarf es im Gegensatz zu § 1 GWB bei § 15 GWB keiner Eignung der Bindung zur Marktbeeinflussung durch den Vertrag²⁾. Anders als bei § 1 GWB gibt es auch keine Freistellungsmöglichkeit durch die Kartellbehörde³⁾. Die Gesichtspunkte, die bei den §§ 1 ff GWB für den Schutz der Institution Wettbewerb sprechen, liegen somit bei § 15 GWB nicht vor.

Untauglich ist auch das Argument, daß es nicht Sinn des § 15 GWB sein kann, die Interessen von Vertragspartnern zu schützen, die freiwillig auf ihre Handlungsfreiheit verzichten⁴⁾. Abgesehen davon, daß auch dieses Argument offensichtlich dem Kartellgedanken entspringt - Kartell als Begrenzung der Handlungsfreiheit zu gemeinsamem Zweck -, ist die "Freiwilligkeit" eines solchen Verzichts oft zweifelhaft. Der Verzicht wird in Kauf genommen, um eine begehrte Leistung zu erhalten⁵⁾ und wird, wie gerade das Beispiel der Meistbegünstigungsklausel zeigt, oft auch durch wirtschaftliche Macht durchgesetzt⁶⁾. Im Übrigen ist das Prinzip des Schutzes

1) G. Schwartz in GK 3. Aufl. Vorbem. 1 zu § 15.

2) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 6.

3) Entspr. Langen-Niederleithinger-Schmidt a.a.O. bei § 1 GWB z.B. Strukturkrisenkartelle, : 4 GWB.

4) So aber Baumbach-Hefermehl § 15 Anm. 1; W. Benisch WUV 1961, 764, 769.

5) So zutreffend A. Jäger, "Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 GWB", S. 127; G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Anm. 3.

6) Vgl. H. Arndt, "Markt und Macht", S. 144; es erscheint im Übrigen zweifelhaft, ob das GWB dem Anbieter genügend Möglichkeiten zur Abwehr marktmächtiger Nachfrager gibt, vgl. zu dieser Diskussion H. Arndt, "Marktmacht auf der Nachfrageseite", WUV 1972, 84, und A. Sölter, "Nachfragefunktion und Nachfragemacht", WRP 1977, S. 4.

eines Vertragsschließenden vor sich selbst durch Unabdingbarerklärung bestimmter Vorschriften der Rechtsordnung nicht fremd; man denke nur an die Vorschrift des § 402 HGB, worin bei Kommissionsgeschäften ein Abweichen von den Vorschriften über Rechenschaftslegung und Preisgestaltung, §§ 400 Abs. 2 - 5, 401 HGB, zum Nachteil des Kommittenten untersagt wird¹⁾.

Falsch wäre es natürlich, den Schutz des Wettbewerbs durch § 15 GWB völlig zu leugnen, denn der Wettbewerb wird gerade bei Massenverträgen oft tangiert²⁾. Das tun aber die Vertreter der Ansicht, § 15 GWB schütze die individuelle Handlungsfreiheit, auch nicht. Der Schutz des Wettbewerbs liegt schließlich dem gesamten GWB zugrunde.

Speziell für den Fall des § 15 GWB geht es aber nicht direkt um den Schutz des Wettbewerbs. Dieser wird nur mittelbar geschützt, indem der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgegangen ist, daß für die Erhaltung des Wettbewerbs auch ein in seinen Handlungen frei beweglicher Kontrahent erforderlich ist³⁾. Durch den Schutz der individuellen Handlungsfreiheit wird der Schutz des Wettbewerbs und natürlich auch der Schutz der durch die Vertragsbeschränkungen betroffenen Dritten bezweckt⁴⁾.

1) G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 3;
ebenso Müller-Giessler § 15 Rdn. 3.

2) G. Schwartz a.a.O.

3) G. Schwartz a.a.O.; Müller-Giessler § 15 Rdn. 3.

4) Im Ergebnis wohl auch Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 7, der zwar sowohl die Entscheidungsfreiheit als auch die Institution Wettbewerb für geschützt hält, ersterer aber den Vorrang einräumt.

Das bedeutet allerdings nicht, daß die Vertragspartner und Dritte Subjekte des Rechtsschutzes des § 15 GWB sind, also daß für sie § 15 GWB Schutzgesetz im Sinne des § 35 GWB ist¹⁾. Darauf kommt es jedoch für die hier zu beantwortende Frage des Schutzzwecks nicht an. Für das Problem des Schutzzwecks ist nur zu prüfen, wer durch § 15 GWB geschützt werden soll; ob sich der in diesem Sinne Geschützte auf den Schutz auch berufen kann, ist eine Frage, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden braucht²⁾.

Es bleibt also festzuhalten, daß § 15 GWB den Wettbewerb als Institution durch den Schutz der individuellen Handlungsfreiheit zu schützen bezweckt. Anzusetzen ist also bei der Prüfung einer vertraglichen Regelung auf ihre Zulässigkeit gem. § 15 GWB nur bei der Beschränkung der individuellen Handlungsfreiheit, nicht hingegen bei den Folgen für den Wettbewerb³⁾.

-
- 1) Hierauf läuft die Argumentation der Gegner des Individualschutzprinzips letztendlich hinaus; vgl. G. Schwartz a.a.O.
 - 2) Inwiefern auch Dritte - Mitwettbewerber - geschützt werden, ist in diesem Zusammenhang nicht zu behandeln; letztlich dürfte ein Schutz dieser abzulehnen sein; vgl. H.-W. Giefers "Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im GWB", S. 108 f., sowie P. Möhring, "Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes", NJW 1963, 133, 135.
 - 3) So zutreffend im Ergebnis auch J. Apel DB 1976, 2193, 2194.

2) Rechtliche Bindung durch die Meistbegünstigungsklausel

Für die Untersuchung der Meistbegünstigungsklausel auf ihre Zulässigkeit gem. § 15 GWB bedeutet das, daß ungeachtet der möglichen negativen Folgen für den Wettbewerb, die eintreten können, aber nicht müssen, es nur darauf ankommt, ob die Meistbegünstigungsklausel die individuelle Handlungsfreiheit eines Vertragspartners bzgl. der Kondition gegenüber Dritten beschränkt¹⁾.

Der § 15 GWB setzt zwei Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen voraus, wobei der Erstvertrag auf den Zweitvertrag Bezug nimmt. Der Zweitvertrag braucht noch nicht geschlossen zu sein²⁾. Die Vertragspartner müssen Unternehmen sein³⁾. Erfüllt ist § 15 GWB, wenn der Erstvertrag eine Regelung enthält, die einen Partner in der Gestaltung des Zweitvertrages beschränkt⁴⁾. Das muß direkt geschehen; die indirekte Einflußnahme des Erstvertrages auf den Zweitvertrag reicht nicht aus⁵⁾.

1) a.A. J. Apel a.a.O., der speziell bei der wirtschaftlichen Bindung eine Auswirkung auf den Wettbewerb verlangt. Diese Auslegung steht jedoch zu seinem vorherigen Ergebnis bzgl. des Schutzzweckes von § 15 GWB im Widerspruch.

2) Langen-Niederleithinger-Schmidt: § 15 Rdn. 9 ff.

3) Vgl. hierzu H. Kreis, "Tankstellenrabatte in kartellrechtlicher Sicht", BB 1969, 73.

4) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 46

5) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 49; G. Schwartz in GK § 15 Rdn. 21; Müller-Giessler § 15 Rdn. 24.

Die Beschränkung kann zunächst einmal rechtlicher Art sein, d.h., daß der rechtlich gebundene Vertragspartner vertraglich verpflichtet sein muß, in dem Zweitvertrag bestimmte Preise und Geschäftsbedingungen zu vereinbaren oder bestimmte Vereinbarungen zu unterlassen¹⁾. Auf eine solche rechtliche Bindung hin soll die Meistbegünstigungsklausel zuerst untersucht werden.

Die hier zu untersuchende Situation, in welcher Meistbegünstigungsklauseln verwandt werden, nämlich der Abschluß langfristiger Lieferverträge²⁾, erfüllt die Voraussetzung aus § 15 GWB betreffend Verträge über Waren und gewerbliche Leistungen. Erstvertrag ist in diesem Fall der Vertrag zwischen dem zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferer und dem die Klausel verwendenden Abnehmer, Zweitvertrag der vom Lieferer mit einem Dritten abgeschlossene oder abzuschließende Vertrag. Auch eine Beziehung zwischen dem Erst- und dem Zweitvertrag ist vorhanden, da sich der Klauselverwender mit den ihm gewährten Preisen und Bedingungen an die im Zweitvertrag vereinbarten Preise und Bedingungen auf die eine oder andere Weise anhängt³⁾.

1) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 47.

2) In diesen kann die Klausel als "Vertrauensgrundlage" dienen, vgl. L. Trautmann, WUV 1976, 285, 286.

3) Löhr-Löhr BB 1975, 1370, sprechen zutreffend von der "Ausstrahlungswirkung" der Klausel. Bis zu diesem Punkt besteht auch zwischen den Autoren Einigkeit, vgl. im einzelnen J. Apel DB 1976, 219; H.-W. Giefers WRP 1966, 126; F. Hermanns WUV 1968, 671; Löhr-Löhr a.a.O. M. Sucker, DB 1976, 181; L. Trautmann, WUV 1976, 285.

Fraglich ist nur, -- und das ist das Problem der verschiedenen Formulierungen der Meistbegünstigungsklausel - ob diese Beziehung den Lieferer rechtlich bindet, oder ob diese Bindung in Wirklichkeit nur rein tatsächlicher Natur ist.

a) "Blitzgeräteklausel"

Die Meistbegünstigungsklausel, die der Entscheidung des BGH im Falle "Blitzgeräte" zugrunde lag und die ich deshalb schlagwortartig als "Blitzgeräteklausel" bezeichnen möchte, erreicht die Meistbegünstigung dadurch, daß niemand günstiger gestellt werden darf als der Klauselverwender. Sinn der Regelung im o.a. BGH-Fall war es, dem Klauselverwender dessen Alleinvertretungsrecht zu sichern; die Klausel bewahrte diesem seinen Vorsprung vor anderen potentiellen Anbietern¹⁾.

Die Meistbegünstigung wird hier insofern erreicht, als die Klausel sicherstellen soll, daß der Klauselverwender selbst der Meistbegünstigte ist. Ihr Inhalt bedeutet: Der dem Klauselverwender eingeräumte Preis bildet das untere Limit in der Preisgestaltung des Lieferers; er darf anderen einen höheren, aber keinen niedrigeren Preis gewähren. Sofern man diese Klausel auf Geschäftsbedingungen ausdehnt, gilt für diese das gleiche Prinzip: die Geschäftsbedingungen dürfen anderen gegenüber verschärft, aber nicht verbessert werden. Der Lieferer kann den Preis oder die Geschäftsbedingungen in Drittverträgen also nur zum Ungünstigen hin frei gestalten²⁾.

1) BGH 29.10.1970 WUW/E BGH 1168 ff.

2) Entspr. F. Hermanns WUW 1968, 671, 673;
M. Sucker DB 1976, 181.

Die Meistbegünstigungsklausel in der Form "Blitzgeräte" spricht also direkt dem Lieferer gegenüber das Verbot aus, die Grenze, die durch die ihm gewährten Preise - oder anderen Konditionen gebildet wird, in Verträgen mit Dritten zu unterschreiten¹⁾. Der Lieferer ist also durch diese Bestimmung im Erstvertrag beschränkt, denn er kann die Preise und Bedingungen der Drittverträge, zumindest was eine Verbesserung betrifft, nicht mehr frei bestimmen²⁾. Im Grunde stellt die Klausel einen klassischen Fall der "Preisbindung" dar³⁾; daß der Lieferer den Preis erhöhen darf, ändert hieran nichts, denn es ist nicht erforderlich, daß der Preis oder die Bedingungen des Drittvertrages nach oben und unten festgelegt sind⁴⁾. Streitig ist allerdings, ob es zumindest der Festlegung einer Untergrenze bedarf⁵⁾. Auf diesen Streit kommt es aber an dieser Stelle nicht an, denn selbst wenn man die Notwendigkeit einer Untergrenze für die Preisbindung bejaht, so ist diese Untergrenze hier im Preis- bzw. in den Geschäftsbedingungen des Klauselverwenders festgelegt⁶⁾.

1) BGH WUV/E 1168, 1171.

2) BGH a.a.O., F. Hermanns a.a.O.

3) M. Sucker a.a.O., er weist im Übrigen zu Recht darauf hin, daß die Preisbindung i.S.d. § 16 GWB nur einen Teilbereich der von § 15 GWB erfaßten Beschränkungen darstellt.

4) BGH WUV/E 1168, 1171; M. Sucker a.a.O.

5) So vornehmlich L. Trautmann, WUV 1976, 285, 286.

6) Entspr. BGH WUV/E 1171;

F. Hermanns WUV 1968, 671, 673;

G. Schwartz in GK, 3. Aufl. § 15 Rdn. 14, 36.

Da die "Blitzgeräteklause" also durch ein Verbot bzgl. der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen auf die Gestaltung von Drittverträgen Einfluß nimmt, indem sie den Lieferer verpflichtet, Besserstellungen zu unterlassen und dergestalt eine Untergrenze für Preise und Geschäftsbedingungen festlegt, bedeutet sie für den Lieferer eine rechtliche Bindung im Sinne von § 15 GWB. Es besteht insoweit auch Einigkeit darin, daß diese Klauselgestaltung von § 15 GWB erfaßt wird und eine entsprechende vertragliche Regelung nichtig ist¹⁾.

b) "Schuhklause"

Schwieriger hingegen ist die Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln nach dem Muster der Klausel, die im Schuhhandel üblich war und die das BKartA im Tätigkeitsbericht 1966 erwähnt²⁾: Durch diese Klausel, die ich stichwortartig als "Schuhklause" bezeichnen möchte, wird, anders als bei der "Blitzgeräteklause", vom Wortlaut her kein Verbot für die Gestaltung von Drittverträgen ausgesprochen³⁾. Indem die Klausel den Lieferer verpflichtet, den Klauselverwender nicht ungünstiger zu stellen als Dritte, verbietet sie nur eine bestimmte Verhaltensweise im Erstvertrag, nämlich die

1) Entspr. M. Sucker DB 1976, 181;
F. Hermanns WUW 1968, 671, 673;
G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 14;
H.-W. Giefers WRP 1966, 126, 127;
Löhr-Löhr DB 1975, 1370, 1371;
BGH WUW/E 1171.

2) BKartA TB 1966 S. 51.

3) F. Hermanns WUW 1968, 671, 673 f.

Schlechterstellung des Klauselverwenders gegenüber Dritten¹⁾. Daraus könnte geschlossen werden, daß diese Form der Klausel nicht unter § 15 GWB fällt²⁾. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß eine "Schuhklausel" aufgrund des Gleichschaltungseffektes zum gleichen Ergebnis führt wie eine "Blitzgeräte-klausel".

Während die letztere von vornherein die Besserstellung des Dritten verbietet, sorgt die "Schuhklausel" dafür, daß der Preis gegenüber dem Dritten zwar gesenkt werden darf, der Lieferer aber, wenn er das Verbot der Schlechterstellung des Klauselverwenders nicht verletzen will, den Preis diesem gegenüber ebenfalls senken muß. Somit kann er nicht zum Nachteil des Klauselverwenders Dritte besserstellen. Der Gleichschaltungseffekt sorgt also auch hier dafür, daß jemand, der die "Schuhklausel" zu seinen Gunsten vereinbart, den Abstand gegenüber dritten Abnehmern wahren kann. Für eine "Schuhklausel" im "Blitzgeräte"-Fall genauso geeignet gewesen wie die dort verwandte Klausel³⁾.

1) F. Hermanns a.a.O.; ebenso J. Apel DB 1976, 2193;
G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 14;

2) So in der Tat F. Hermanns a.a.O.;
J. Apel a.a.O.; G. Schwartz a.a.O.;
ebenso Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371;
L. Trautmann WUV 1976, 285, 286.

3) Diese Ähnlichkeit in der Wirkung von "Blitzgeräte"- u. "Schuhklausel" ist der tragende Gesichtspunkt für das BKartA zur Annahme einer rechtlichen Bindung, vgl. BKartA WUV/E BKartA 1583, 1585; vgl. auch M. Sucker DB 1976, 181.

Ob wegen dieser Ähnlichkeit von "Blitzgeräte"- und "Schuhklausel" auch bei letzterer von einer Preisbindung auszugehen ist, ist streitig, denn es ließe sich hiergegen anführen, daß der Lieferer ja tatsächlich den Preis im Zweitvertrag frei bestimmen kann, während er im Falle der "Blitzgeräteklausel" den Preis zwar erhöhen, aber nicht unter den Preis des Klauselverwenders senken darf¹⁾. Andererseits darf er das aufgrund des Verbotes der Schlechterstellung des Klauselverwenders bei der "Schuhklausel" relativ gesehen auch nicht, nur daß hier die Untergrenze nicht festgelegt ist, sondern sich mit dem jeweils günstigsten Preis verschiebt. Letztlich kommt es darauf an, ob man, wie bereits vorher angesprochen, für die Annahme einer Preisbindung die Festlegung einer Untergrenze verlangt - dann läge hier keine Preisbindung vor, weil durch die Anpassungspflicht des Lieferers sich der Preis auch nach unten verschieben könnte, - oder ob es weder einer Preisober- oder -untergrenze bedarf - dann könnte eine Preisbindung angenommen werden.

Entstanden ist der Streit durch die vom BGH in der "Blitzgeräteentscheidung" verwandte Formulierung "... Preisober- und--untergrenze ..." ²⁾. Während die Vertreter der Ansicht, die eine Preisbindung bejaht, diese Formulierung so deuten, daß weder eine Preisober- noch eine -untergrenze erforderlich ist³⁾, legt die Gegenansicht Wert auf das Wort "und"; danach ist zur Annahme einer Preisbindung

-
- 1) So vornehmlich F. Hermanns WUV 1968, 671, 673;
L. Trautmann WUV 1976, 285, 286;
Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371;
J. Apel DB 1976, 2193 f;
G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 14.
2) BGH WUV/E BGH 1168, 1171;
3) So BKartA a.a.O.; M. Sucker a.a.O.

zumindest eine Preisober- oder -untergrenze erforderlich¹⁾). Wenn diese Auslegung auch nicht von der Hand zu weisen ist, so ließe sich für eine Preisbindung und gegen die Notwendigkeit einer Preisuntergrenze anführen, daß der günstigste Preis auch im "Blitzgerätefall" nicht starr ist. Es ist nicht auszuschließen, daß der Klauselverwender in neuen Verhandlungen einen niedrigeren Preis festsetzt als den ursprünglich ausgehandelten. Dann würde sich die Preisuntergrenze nach unten verschieben, und auch der Preis der Dritten könnte gesenkt werden. Würde nun eine solche "Blitzgeräte-klausel" eine Preisanpassungsklausel enthalten etwa dergestalt, daß der Lieferer bei vertragswidriger Senkung des Preises unter die Untergrenze des Preises für den Klauselverwender verpflichtet ist, dessen Preis ebenfalls zu senken, würde man wohl kaum zu einer anderen Beurteilung kommen als der BGH in seiner "Blitzgeräte"-Entscheidung; dieser Entscheidung wird allgemein gefolgt.

Trotzdem ist die Lösung über die "Preisbindung" durch eine "Schuhklausel" wenig überzeugend, sie ist im Grunde auch müßig, da ihre Argumente - einheitliche Preisfront trotz Möglichkeit der Preissenkung - auf einen anderen Ansatzpunkt deutlich hinweisen. Eine Preissenkung ist zwar rechtlich möglich, aber eine Senkung der Preise nur für den Dritten bei gleichzeitiger Beibehaltung des Preises gegenüber dem Klauselverwender ist ausgeschlossen, da der Lieferer aufgrund des Verbotes im Erstvertrag zur

1) M. Sucker wird in diesem Zusammenhang eine falsche Zitierung des Entscheidungswortlautes vorgeworfen, er verwendet das Wort "oder" statt "und". Vgl. hierzu L. Trautmann WUW 1976, 285, 286 Fußnote 8.

Preisanpassung verpflichtet ist oder die Senkung ganz zu unterlassen hat¹⁾. Der Gleichschaltungseffekt sorgt also dafür, daß dem Lieferer die Differenzierung zwischen dem Klauselverwender und Dritten zu Ungunsten des Klauselverwenders unmöglich ist. Das hat echte Auswirkungen auf den Zweitvertrag; der Lieferer kann Dritte relativ zum Klauselverwender nicht besser stellen, und Dritte können nicht günstigere Konditionen aushandeln. Dadurch wird die Gestaltung des Drittvertrages behindert²⁾; vereinfacht ausgedrückt, ein Vertrag mit dem Inhalt "ich (der Dritte) verlange von Dir (dem Lieferer), daß Du mir konkret einen niedrigeren Preis gewährst als dem Klauselverwender", ist nicht möglich. Insoweit ergibt sich eine durchaus mit der "Blitzgeräteklausele" vergleichbare Situation. Wenn man auch nicht von einer "Preisbindung" sprechen mag, so ist im Falle "Blitzgeräteklausele" der niedrigst erzielbare Preis der des Klauselverwenders, im Falle der "Schuhklausele" der des billigsten Preises und damit, aufgrund des Gleichschaltungseffektes, wiederum der des Klauselverwenders. In dieser mangelnden Möglichkeit zur Differenzierung ist die Bindung des zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferers zu sehen³⁾. Das gegen die Bindung angeführte Argument, der Lieferer sei immerhin frei, dritte Abnehmer schlechter zu stellen, kann nur

1) BKartA WUW/E BKartA 1584;
M. Sucker DB 1976, 181;

2) So insbesondere M. Sucker a.a.O.; eine Bindung als solche sieht auch er nicht als gegeben an.

3) So BKartA WUW/E BKartA 1975, 1583, 1584;
auch schon BKartA TB 1966, S. 51;
auch M. Sucker DB 1976, 181, 182.

als untauglich bezeichnet werden. Das gleiche Argument dient, negativ formuliert, zur Begründung der Bindung durch "Blitzgeräteklauseln"; diese werden für unzulässig gehalten, weil der Lieferer Dritte nicht besser stellen kann. Die Formulierung "nicht besser" oder "schlechter" bzw. deutlicher "nur schlechter" bedeuten schließlich vom Ergebnis her das gleiche, nämlich, daß das Unterschreiten einer bestimmten Grenze, mag sie nun fest oder fließend sein, nicht möglich ist.

Eine andere Frage ist allerdings, ob dieser Effekt zu einer rechtlichen Bindung oder nur zu einer rein tatsächlichen Bindung führt, die möglicherweise vom § 15 GWB nicht erfaßt wird. Letztere Ansicht vertritt ein Teil der Literatur¹⁾. Diese Argumentation stützt sich auf die Tatsache, daß vom Wortlaut her sich das Verbot, das die Klausel anspricht, nur auf den Erstvertrag erstreckt; daraus könnte geschlossen werden, daß der Vertrag mit Dritten nur als Maßstab für die Berechnung des Preises - bzw. die Bestimmung der Konditionen - im Erstvertrag dient²⁾. Die dadurch entstehende Unmöglichkeit einer Differenzierung zu Ungunsten des Klauselverwenders, also zugunsten dritter Abnehmer, wäre danach eine tatsächliche Nebenfolge der Verpflichtung im Erstvertrag. Mit Recht nimmt diese Meinung an, daß unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 15 GWB, nämlich der Bindung in der Gestaltung von Zweitverträgen durch Bestimmungen des Erstvertrages, die Erfassung auch tatsächlicher Einflüsse auf den Zweitvertrag

1) Insbesondere J. Apel DB 1976, 2193, 2194, unter Berufung auf H.-W. Giefers WRP 1966, 126.

2) So ausdrücklich H.-W. Giefers WRP 1966, 126, 127.

durch § 15 GWB eine Überspannung des Schutzbereichs dieser Vorschrift bedeutet¹⁾. Dieser schützt schließlich die individuelle Handlungsfreiheit bei der Gestaltung von Zweitverträgen, nicht bei der Gestaltung von Verträgen allgemein²⁾.

Daraus kann allerdings nicht die Zulässigkeit der "Schuhklausel" geschlossen werden, denn ihr Einfluß ist nicht nur tatsächlicher, sondern rechtlicher Natur. Das Argument, der Schutz des § 15 GWB sei umfassend³⁾, klingt wegen seiner Ungenauigkeit nicht sehr Überzeugend. Gemeint ist damit aber wohl, daß es Sinn und Zweck des § 15 GWB im Rahmen des Schutzes der individuellen Handlungsfreiheit ist, dem Einzelnen alle zulässigen Wettbewerbsmittel zu erhalten, um diesem das Bestehen im Konkurrenzkampf zu gestatten. Dieser "umfassende" Schutz der Gestaltungsfreiheit ergibt sich daraus, daß § 15 GWB nicht vor Bindungen, sondern schon vor Beschränkungen der individuellen Handlungsfreiheit schützt⁴⁾. Die einengende Auslegung beruht hauptsächlich auf der mißverständlichen Verwendung von "Bindung" statt "Beschränkung" ⁵⁾. § 15 GWB

1) J. Apel DB 1976, 2193;
H.-W. Gieffers WRP 1966, 126, 127.

2) Entspr. G. Schwartz in GK § 15 Rdn. 11;
Frankfurter Kommentar § 15 TZ, 1, 11, 29;
Müller-Giessler § 15 Rdn. 4.

3) So BKartA u. M. Sucker, jeweils a.a.O.;
kritisch hierzu J. Apel DB 1976, 2193,
der der Gegenansicht vorwirft, die Grenzen
zur wirtschaftlichen Bindung zu verwischen.

4) So der ausdrückliche Gesetzeswortlaut;
vgl. auch M. Sucker DB 1976, 181.

5) Vgl. nur G. Schwartz in GK § 15 Rdn. 11
("Inhaltsbindung").
J. Apel DB 1976, 2193 f., und H.-W. Gieffers WRP
1966, 126, 127 übersehen dieses.

stellt an die Beschränkung dieser Freiheit weder qualitative noch quantitative Anforderungen, sondern greift immer ein, wenn sie die Handlungsfreiheit einengt¹⁾. Das zeigt, daß es zur Annahme einer Beschränkung einer Festlegung auf feste Konditionen nicht bedarf. Wird aber ein so weitgehender Schutz gewährt, so muß auch der Begriff der Handlungsfreiheit sich auf jedes mögliche Wettbewerbsmittel erstrecken²⁾.

Da die Differenzierungen gesetzlich, von einigen Ausnahmen abgesehen³⁾, nicht verboten sind, kann nur davon ausgegangen werden, daß auch sie ein zulässiges Wettbewerbsmittel sind⁴⁾. Warum soll es dem Lieferer nicht möglich sein, einen Abnehmer gerade dadurch anzuwerben, daß er ihm anbietet, ihn zu einem günstigeren Preis zu beliefern als einen anderen? Die Freiheit der Preisgestaltung bedeutet somit nicht nur Freiheit in der Festsetzung eines Preises, sondern auch Freiheit in der Preisdifferenzierung⁵⁾.

-
- 1) So auch BKartA DB 1968, 1213 - WUW/E
BKartA 1199, 1203, "Kraftfahrzeugpflegemittel"
zur entsprechenden Problematik bei § 18 GWB.
 - 2) So zutreffend M. Sucker DB 1976, 181.
 - 3) Vgl. § 26 Abs. 2 GWB.
 - 4) BKartA WUW/E BKartA 1583, 1585 unter Berufung
auf KG WUW/E OLG 1253 "Tuben" u. WUW/E OLG 1327.
 - 5) So im Ergebnis zutreffend BKartA WUW/E
BKartA 1583, 1584 f.;
TB 1966, S. 51;
M. Sucker DB 1976, 181, 182.

Diese Differenzierung auszuschalten ist nicht nur Nebeneffekt, sondern erklärtes Ziel der Meistbegünstigungsklausel in Form der "Schuhklausel". Die Ausschaltung der Differenzierung beruht auf dem Gleichschaltungseffekt, der der Klausel innewohnt. Auch stellt der Wortlaut der "Schuhklausel" gerade auf die Ausschaltung der Differenzierungsmöglichkeit ab, und zwar durch die Worte "nicht ungünstiger als". Somit soll die Klausel gerade die Differenzierung im Zweitvertrag verhindern, so daß das Verbot der Schlechterstellung des Klauselverwenders den Lieferer rechtlich an der Differenzierung hindert. Für die Annahme einer rechtlichen Bindung spricht letztlich auch, daß das Verbot der Schlechterstellung des Klauselverwenders das Verbot der Besserstellung des Dritten implizit enthält. Ist es dem Lieferer verboten, dem Klauselverwender einen schlechteren Preis zu gewähren als Dritten, so ist es ihm auch verboten, dem Dritten einen besseren Preis zu gewähren als dem Klauselverwender¹⁾. Insoweit ist die Begünstigung des Klauselverwenders auch die Belastung des oder der Dritten.

Es bleibt daher festzustellen, daß auch Meistbegünstigungsklauseln nach dem Muster der "Schuhklausel" den Lieferer in der Gestaltung von Verträgen mit Dritten rechtlich behindern und somit von § 15 GWB erfaßt werden²⁾.

1) So zutreffend BKartA WUW/E BKartA 1583, 1585; ebenso Westrich-Loewenheim § 15 Tz 11.

2) Ebenso wie BKartA und M. Sucker Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 47; H. Mayer-Wegelin, Kartellgesetz § 15 S. 36; Westrich-Loewenheim § 15 Tz, 11; Müller-Glessler § 15 Rdn. 20.

c) "Metroklausel"

Im Gegensatz zu den ersten beiden Klauselvarianten enthält eine Klausel der Art, wie sie METRO mit den Lieferanten der ihr angeschlossenen Großmärkte vereinbarte ¹⁾ - als Stichwort für diese Klauselvariante soll hier das Wort "Metroklausel" dienen -, direkt kein irgendwie geartetes Verbot ²⁾. Obwohl die Klausel, wie bereits aufgezeigt, die gleiche Wirkung hat wie alle Meistbegünstigungsklauseln, nämlich die Gleichschaltung des Klauselverwenders mit dem am günstigsten gestellten Abnehmer ³⁾, scheint sie wirklich nur auf die Gestaltung des Erstvertrages gerichtet zu sein. Der Lieferer ist in dieser Klausel verpflichtet, den Preis gegenüber dem Klauselverwender zu senken, sofern er dieses gegenüber einem Dritten tut. Es handelt sich also um eine reine auf den Klauselverwender und dessen Vertragsbeziehung mit dem Lieferer bezogenen Verpflichtung. Der Wortlaut der Klausel stellt auf den Begünstigungseffekt ab. Man könnte daraus den Schluß ziehen, daß Meistbegünstigungsklauseln nach der "Metroklausel" nur der

1) BKartA WUW/E BKart A 1583;
J. Apel DB 1976, 2193.

2) Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371, halten diese Klausel daher für nicht rechtlich bindend, ohne dieses allerdings näher zu begründen.

3) Gerade diese Klauselart ist im internationalen Handel üblich, an dem die beschriebenen Wirkungen der Meistbegünstigungsklausel aufgezeigt wurden; vergl. K. Rose in Staatslexikon der Görres-Gesellschaft Sp. 653, 654.

Regelung der Preisgestaltung im Erstvertrag dienen ¹⁾. Zwar führt die Tatsache, daß diese Preisgestaltung nach der Gestaltung der Preise in Drittverträgen geregelt ist, ebenfalls zum Gleichschaltungseffekt, also zur einheitlichen Preisgrundlage für den Klauselverwender und den am günstigsten gestellten Dritten und damit zum Ausschluß einer Differenzierungsmöglichkeit zuungunsten des Klauselverwenders, doch ließe sich jedenfalls hier eher als bei Vorliegen einer "Schuhklausel" vertreten, daß dieses nur eine rein tatsächliche Auswirkung auf den Vertrag mit dem oder den Dritten ist.

Diese Argumentation würde jedoch außer acht lassen, daß diese Gleichschaltung auch bei der "Metroklausel" zumindest zweites Ziel des Vertrages ist. Auch hier bezweckt die Verwendung der Klausel den Ausschluß der Differenzierungsmöglichkeit und damit die Beeinflussung nicht nur rein tatsächlicher Natur ist ²⁾. Dieser Zweck der Klausel findet in ihrem Wortlaut seinen Niederschlag.

-
- 1) So ausdrücklich J. Apel DB 1976, 2193 f; L. Trautmann WUV 1976, 285, 288 in Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bindung; im Ergebnis auch H.-W. Gieffers WRP 1966, 126, 127, der in der Klausel eine mit einem Druckmittel versehene Empfehlung zur Preisgestaltung sieht.
 - 2) Widersprüchlich insoweit L. Trautmann, WUV 1976 285, 290, der die Klausel als Mittel zur Verhinderung von Diskriminierungen durch Besserstellung Dritter ansieht, und J. Apel, DB 1976, 2193, 2195, der die Klausel für gerechtfertigt hält, wenn sie von schwachen Nachfragern als Mittel zum Aufholen von Vorsprüngen marktstarker Nachfrager verwandt wird. - Beide geben damit zu, daß es Sinn der Klausel ist, mit Dritten gleichgestellt zu werden, also Differenzierungsmöglichkeiten des Lieferers auszuschalten.

Zunächst wohnt auch dieser Klausel der Gleichschaltungseffekt inne; das kommt hier dadurch zum Ausdruck, daß die Preisgestaltung von Erst- und Zweitvertrag miteinander verbunden ist ¹⁾. Daß der daraus herrührende Ausschluß der Differenzierungsmöglichkeit zuungunsten des Klauselverwenders und damit zugunsten Dritter Vertragszweck ist, läßt sich daran erkennen, daß das Gebot der Gleichstellung des Klauselverwenders relativ zum Dritten vom Sinngehalt her dem Verbot der Schlechterstellung des Klauselverwenders gleichzusetzen ist. Ebenso wie im Vergleich der "Schuhklausel" mit der "Blitzgeräteklause" handelt es sich, soweit es die Differenzierung betrifft, nur um eine Verdrehung der Worte. Es macht keinen Unterschied, ob man die Begünstigung gebietet oder die Benachteiligung verbitet, denn das Gebot der Besser- (bzw. Gleich-) stellung trägt das Verbot der Schlechterstellung in sich ²⁾; die Klausel nach Muster der Metrovereinbarung muß daher mit der "Schuhklausel" gleichgestellt werden.

1) "Ausstrahlungswirkung",
vgl. Löhr-Löhr BD 1975, 1370.

2) So zu Recht DB 1876, 181, 182;
auch L Trautmann, WUV 1976, 285, 289
hält diesen Schluß für konsequent,
sofern man den Schutz der Freiheit zur
Differenzierung als von § 15 GWB
gedeckt hält.

Nimmt man dieses aber an, leugnet also einen Unterschied zwischen der "Schuh"- und der "Metroklausel", so ist es nur konsequent, auch diese Klauselart, ebenso wie "Schuhklauseln", als von § 15 GWB erfaßt anzusehen. Das erkennen auch die Gegner einer Anwendung von § 15 GWB an¹⁾. Daß dieses Ergebnis richtig ist, zeigt auch folgender Vergleich zwischen den einzelnen Klauseln:

Der der Entscheidung des BKartA im Schuhhandelsfall zugrundeliegenden Klausel war eine Nebenbestimmung beigelegt, die genau den gleichen Inhalt hatte wie die Meistbegünstigungsklausel im Metro-Fall; dadurch wurden die Lieferer verpflichtet, etwaige Preissenkungen gegenüber Dritten auch dem Klauselverwender zugute kommen zu lassen²⁾. Diese Nebenbestimmung diente also der Unterstützung der eigentlichen, die Differenzierungsmöglichkeit ausdrücklich verbotenden Meistbegünstigungsklausel³⁾. Eine ebensolche Nebenbestimmung wäre auch als Zusatz zu einer "Blitzgeräteklause" denkbar und würde auch hier der Unterstützung des Hauptzwecks der Klausel, nämlich des Ausschlusses der Differenzierungsmöglichkeit, dienen. Dann aber kann es keinen Unterschied machen, ob die "Metroklausel" als Nebenbestimmung zu verbotenen Meistbegünstigungsklauseln oder selbständig verwendet wird.

1) Vgl. L. Trautmann a.a.O.

2) BKartA TB 1966, S. 51;
vgl. auch H.-W. Giefers WRP 1966, 126.

3) Vgl. H.-W. Giefers WRP 1966, 126, 127,
der diesen Zusatz für eine Sanktionierung
bzw. ein Druckmittel hält.

Daher enthält auch die "Metroklausel" eine rechtliche Bindung, die den Lieferer in der Gestaltung von Verträgen mit Dritten beschränkt. Auch sie wird daher von § 15 GWB erfaßt¹⁾.

3) Wirtschaftliche Bindung im Sinne des § 15 GWB

Folgt man hingegen nicht der hier vertretenen Ansicht, Meistbegünstigungsklauseln in Form der "Schuh"- oder "Metroklausel" seien rechtlich bindend²⁾, so stellt sich des weiteren die Frage, ob diese Meistbegünstigungsklauseln dem Lieferer eine gem. § 15 GWB unzulässige wirtschaftliche Bindung auferlegen.

Um es nochmals ins Gedächtnis zu rufen: Die mit der Pflicht zur Meistbegünstigung verbundene Pflicht zur Anpassung von Preisen und Bedingungen an das Niveau des Günstigsten, also zur Preissenkung - oder Vergleichbares für Vertragskonditionen - kann für den Lieferer so teuer werden, daß er wegen der Belastung es vorzieht, Preissenkungen gegenüber Dritten zu unterlassen. Es handelt sich um den schon besprochenen Begünstigungssperreneffekt. Dieser Effekt könnte also benutzt werden, um durch Meistbegünstigungsklauseln allgemein Preissenkungen zu verhindern. Die Preis-anpassungspflicht könnte dabei als wirtschaftliches

1) BKartA WUW/E BKartA 1583, 1585;
M. Sucker DB 1976, 181, 182; ebenso
Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 15 Rdn. 55;
H. Mayer-Wegelin "Kartellgesetz" § 15 TZ 4;
Westrick-Loewenheim § 15 Rdn. 11.

2) So Löhr-Löhr BB 1975, 1370;
J. Apel DB 1976, 181;
L. Trautmann WUW 1976, 285;
F. Hermanns WUW 1968, 671;
H.-W. Gieffers WRP, 1966, 126;
vgl. auch G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 14.

Druckmittel, vergleichbar mit Vertragsstrafen, Rabatten usw., dienen¹⁾, mit dem dieses Ziel durchgesetzt wird. Der Lieferer wäre damit zwar - unter Umständen - nicht rechtlich, aber dafür wirtschaftlich gebunden.

a) Definition der wirtschaftlichen Bindung
gem. § 15 GWB

Spätestens seit der Entscheidung des BGH in Sachen "4711" ist es unbestritten, daß wirtschaftliche Bindungen von § 15 GWB erfaßt werden können²⁾. Das ergibt sich aus einem Rückschluß aus § 16 GWB. Diese Vorschrift enthält für Verlagserzeugnisse eine Ausnahme; die wirtschaftliche Bindung ist hier ausdrücklich erwähnt. Da diese Regelung entsprechend § 15 GWB für wirtschaftliche Bindungen betreffend Verlagserzeugnisse nicht gilt, läßt das umgekehrt den Schluß zu, daß § 15 GWB ansonsten - auch - für wirtschaftliche Bindungen gilt³⁾.

Eine wirtschaftliche Bindung liegt vor, wenn dem Lieferer ein bestimmtes Verhalten in Bezug auf Gestaltung von Preisen und Bedingungen zwar freigestellt wird, an das jeweilige Verhalten jedoch der Eintritt einer wirtschaftlichen Folge geknüpft wird, die den Gebundenen zum Unterlassen

1) Vgl. H.-W. Giefers WRP 1966, 126, 127,
"Empfehlung, verbunden mit Druckmittel".

2) BGH 8.10.1958 WUW/E, BGH 251, "4711".

3) BGH WUW/E BGH 251, 257;
vgl. auch G. Schwartz in GK 3. Aufl.
§ 15 Rdn. 16.

dieses Verhalten veranlaßt¹⁾. Hauptsächlich wird das durch die Androhung von Nachteilen geschehen; unter diese Gruppe wäre die Preis-anpassungspflicht der Meistbegünstigungsklauseln als "Schuh-" oder "Metroklausel" einzuordnen. Werkzeug zur wirtschaftlichen Bindung kann aber genauso gut das Versprechen von Vorteilen für den Fall des Unterlassens des jeweils betroffenen Verhaltens sein, da der zu bindende Vertragspartner möglicherweise auf die Inanspruchnahme dieser Vorteile angewiesen ist²⁾.

b) Umfang der Bindung und Konsequenzen für die Meistbegünstigungsklausel

Besteht insoweit in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit, so ist doch umstritten, welchen Umfang die wirtschaftliche Bindung einnehmen muß, um ein Eingreifen des § 15 GWB herbeizuführen.

Dieser Streit gründet sich auf die Tatsache, daß eine wirtschaftliche Bindung von verschiedener Intensität sein kann. Nicht jedes wirtschaftliche Druckmittel führt zu einer totalen Handlungsunfähigkeit des Gebundenen; das wäre nur dann der Fall, wenn das betroffene Verhalten für den Gebundenen zu wirtschaftlich völlig untragbaren Folgen führen würde. In der Mehrzahl der Fälle wird es für

1) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 47 unter Berufung auf BGH a.a.O.; ebenso Müller-Giessler § 15 Rdn. 7; Frankfurter Kommentar § 15 TZ 31.

2) Langen-Niederleithinger-Schmidt und Müller-Giessler jeweils a.a.O.; a.A. Frankfurter Kommentar § 15 TZ 31, der das Versprechen von Vergünstigungen für nicht von § 15 GWB erfaßt hält; er übersieht dabei schon, daß im Falle des Zuwiderhandelns die Vergünstigung wegfällt und somit auch zum wirtschaftlichen Nachteil wird.

den Gebundenen durchaus möglich sein, diese Folgen in Kauf zu nehmen. Um bei dem Beispiel der Meistbegünstigungsklausel zu bleiben: Es wird dem Lieferer keine andere Alternative als das Unterlassen einer Preissenkung bleiben, wenn der Klauselverwender besonders marktmächtig und/oder ein Hauptabnehmer des Lieferers ist, denn dann könnten die durch die Preisanpassungspflicht bedingten Mindereinnahmen für den Lieferer untragbar sein¹⁾. In anderen Fällen werden diese Mindereinnahmen für den Lieferer so tragbar sein, daß er sie bei einer Preissenkung in Kauf nimmt. Er wird dann die Preisanpassungspflicht mit in sein Kalkül ziehen müssen; es ist jedoch nicht gesagt, daß er die Preissenkung gegenüber einem Dritten unterläßt²⁾.

aa) Unmöglichkeit des Ausweichens

Umstritten ist nun, inwieweit in § 15 GWB die rechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen "gleichgestellt" sind, denn die Verwendung des Ausdrucks "Gleichstellung" ist mißverständlich.

Teilweise wird darunter verstanden, daß die wirtschaftliche Bindung die gleiche Wirkung entfalten muß wie die rechtliche Bindung³⁾.

-
- 1) Entspr. G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 14, J. Apel DB 1976, 2193, 2196 f.
 - 2) So Übereinstimmend J. Apel DB 1976, 2193, 2196 f. u. Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371, allerdings mit unterschiedlichen Schlußfolgerungen.
 - 3) G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 16; Frankfurter Kommentar § 15 TZ 31; etwas abschwächend Müller-Gieseler § 15 Rdn. 7, wo verlangt wird, daß der Nachteil so erheblich ist, daß ein Zuwiderhandeln der Betroffenen wirtschaftlich unvernünftig ist.

Spricht eine Vertragsklausel nun ein Verbot oder Gebot aus, so ist dem daraus Verpflichteten ein Ausbrechen einfach deshalb unmöglich, weil er dann gegen die Vertragsbestimmung verstößt. Nach Ansicht derjenigen, die eine Gleichstellung im eigentlichen Sinne verlangen, muß dann die wirtschaftliche Bindung so ausgestaltet sein, daß dem Gebundenen ein Ausbrechen ebenfalls unmöglich wird. Das führt dazu, daß die an das - erlaubte - Handeln angeknüpften wirtschaftlichen Folgen für den Gebundenen untragbar sein müssen, sei es, daß angedrohte Nachteile ihn ruinieren würden oder daß die Vorteile so sind, daß der Gebundene auf deren Wahrnehmung angewiesen ist.

Die Konsequenz dieser Ansicht für die hier zu behandelnden Meistbegünstigungsklauseln - bezeichnenderweise werden sie gelegentlich auch "wirtschaftliche Meistbegünstigungsklauseln" genannt¹⁾ -, kann nun freilich nicht sein, daß eine wirtschaftliche Bindung ("Begünstigungssperreneffekt") durch die mit der Klausel verbundene Anpassungspflicht ("Begünstigungseffekt") völlig ausgeschlossen wird. Immerhin kann die Pflicht zur Preisanpassung, wie dargelegt, gerade im Falle marktmächtiger Nachfrager, die die Meistbegünstigungsklausel für sich verwenden, für den verpflichteten Lieferer so teuer werden, daß er auf eine Preissenkung gegenüber Dritten zur Vermeidung ruinöser Verluste verzichten muß. Richtig wird es also sein, vorausgesetzt man folgt dieser Ansicht, nach den wirtschaftlichen Verhältnissen, insbesondere der Nachfragemacht, aber auch nach dem Umfang der

1) J. Apel DB 1976, 2193.

Rückzahlungspflicht zu differenzieren¹⁾).

Wenn insoweit als Zusatzbestimmung der Meistbegünstigungsklausel im Vertrag festgelegt ist, daß der zur Meistbegünstigung verpflichtete Lieferer dem Klauselverwender rückwirkend die seit der Besserstellung eines Dritten zuviel gezahlten Beträge zu erstatten hat, kann von einer wirtschaftlichen Bindung ausgegangen werden, denn durch die zusätzliche Rückerstattungspflicht, die bereits investierte und verplante Beträge betrifft, wird der zur Meistbegünstigung verpflichtete Lieferer in aller Regel gezwungen sein, eine Preissenkung gegenüber Dritten zu unterlassen. Insoweit sind sich die Vertreter dieser Ansicht mit denjenigen, die von weniger strengen Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Bindung ausgehen, einig²⁾).

1) So im Ergebnis F. Hermanns WUW 1968, 671, 673;
J. Apel DB 1976, 2193, 2194, 2196 f.;
Vgl. auch G. Schwartz in GK 3. Aufl.
§ 15 Rdn. 14.

2) F. Hermanns WUW 1968, 671, 673;
M. Sucker DB 1976, 181, 182;
Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1372;
Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 14.
Bejaht wird diese Bindung auch von
H.-W. Gieffers WRP 1966, 126, und L. Trautmann
WUW 1976, 285, 288, die allerdings von einer
nur faktischen Bindung ausgehen, vergleiche
dazu unten.

bb) Einbeziehung des Nachteils ins kaufmännische Kalkül

Letztere verstehen den Begriff "Gleichstellung" nur so, daß auch die wirtschaftliche Bindung neben der rechtlichen von § 15 GWB erfaßt wird. Nach dieser Ansicht sollen alle wirtschaftlichen Vor- oder Nachteile von § 15 GWB erfaßt werden, die der zu Bindende in sein kaufmännisches Kalkül einbeziehen muß¹⁾. Gestützt wird diese Ansicht auf § 25 Abs. 2 GWB. Danach ist es nämlich nicht gestattet, ein wettbewerbswidriges Verhalten durch Versprechen von Vorteilen oder Androhung von Nachteilen zu erreichen. Unter diese wirtschaftlichen Einflußmittel werden nicht nur unausweichliche, wie Abnahmesperren etc., gerechnet, sondern auch Rabatte und Preisvorteile, Vertrags- oder Vereinsstrafen, Kontingentierungen usw., also auch Mittel, die vom Betroffenen in Kauf genommen werden können²⁾. Es genügt, wenn der wirtschaftliche Nachteil geeignet ist, den Betroffenen zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten zu veranlassen³⁾.

Zu Recht wird von dieser Vorschrift auf den notwendigen Umfang einer wirtschaftlichen Bindung für das Eingreifen von § 15 GWB geschlossen. Beide Vorschriften, sowohl § 15 als auch § 25 GWB schützen nämlich die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit des Einzelnen zum Wohle des Wettbewerbs, nur daß § 25 GWB das Mittel zur Bindung und § 15 GWB die Bindung selbst betrifft⁴⁾. Für eine Gefährdung

1) So ausdrücklich M. Sucker u. Löhr-Löhr, jeweils a.a.O.

2) Vgl. hierzu Langen-Niederleithinger-Schmidt § 25 Rdn. 13.

3) Entspr. OLG Hamburg v. 14.4.1960, WUV/E OLG 353.

4) Vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt § 25 Rdn. 13 u. die Ausführungen zu § 15 GWB.

der Entschließungsfreiheit genügt es aber schon, wenn der vom Nachteil Bedrohte diesen Nachteil nicht übergehen kann, also in seine Kalkulation einbeziehen muß, auch wenn er sich letztlich nicht davon leiten läßt, denn hierdurch werden Erwägungen in seine Willensbildung aufgenommen, die außerhalb einer sachlichen Preiskalkulation stehen¹⁾. Demgegenüber hätte die Annahme, daß nur unausweichliche wirtschaftliche Druckmittel zu einer Bindung gem. § 15 GWB führen, erhebliche Nachteile, denn es würden, da die meisten wirtschaftlichen Nachteile nicht soweit gehen würden, daß der Verpflichtete im vom Bindenden bezweckten Sinne handeln muß, nur Extremfälle erfaßt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß dem Versprechen eines Vorteils oder Nachteils ein Ver- oder Gebot ja grundsätzlich innewohnt, denn wie bei der rechtlichen Bindung soll auch bei der Anwendung wirtschaftlicher Druckmittel ja ein bestimmtes Verhalten durchgesetzt werden. Gerade die typischen Mittel, nämlich Vertrags- oder Vereinsstrafen, enthalten die Mißbilligung eines bestimmten Verhaltens, indem sie es "unter Strafe" stellen. Solche "Strafen" brauchen aber keineswegs so schwerwiegend sein, daß sie den Betroffenen wirtschaftlich völlig handlungsunfähig machen; auch ein von einer Vereinsstrafe Bedrohter wird unter Umständen die Strafe im Vergleich zu anderen Vorteilen in Kauf nehmen.

Die "Gleichstellung" von rechtlicher und wirtschaftlicher Bindung liefert demgegenüber kein Argument für die Notwendigkeit der gleichen Wirkung

1) Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371;
M. Sucker DB 1976, 181, 182.

beider Bindungen. Gerade aus der BGH-Entscheidung "4711" kann ein solcher Schluß nicht gezogen werden. Der BGH hat auf die Gleichheit von rechtlicher und wirtschaftlicher Bindung nie abgestellt und das Wort "Gleichstellung" oder ein ähnliches nie erwähnt. Er zog sein Ergebnis lediglich aus dem Rückschluß aus § 16 GWB und prüfte auch die Umgehung des Verbotes der rechtlichen Bindung durch den Einsatz wirtschaftlicher Druckmittel. Die Frage, wie intensiv der wirtschaftliche Druck zur Annahme einer Bindung sein muß, ließ er offen¹⁾.

Schließlich spricht auch der Wortlaut des § 15 GWB für die hier vertretene Ansicht der Einbeziehung der Wertung aus § 25 GWB bei der Frage nach der wirtschaftlichen Bindung.

§ 15 GWB verlangt ja nicht die Bindung, sondern nur die Beschränkung der individuellen Handlungsfreiheit. Der Ausdruck "Beschränkung" kann einmal so verstanden werden, daß es keiner Totalknebelung des Gebundenen, sondern nur des Verlustes einzelner Teile der Handlungsfreiheit bedarf, um § 15 GWB eingreifen zu lassen, so daß also nur die Gestaltung bestimmter Vertragskonditionen vorge-schrieben wird. Eine Beschränkung der individuellen Handlungsfreiheit liegt aber eben auch vor, wenn der Gebundene wirtschaftliche Nachteile (oder Vorteile) in sein Kalkül ziehen muß²⁾.

1) BGH WUV/E BGH 251, 257.

2) Auch hier sind die gleichen Überlegungen ausschlaggebend wie für die rechtliche "Bindung" durch Meistbegünstigungsklauseln; vgl. M. Sucker DB 1976, 181, der den anderen Autoren zu Recht vorwirft, § 15 GWB mit § 16 GWB zu verwechseln.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, daß immer dann, wenn der Gebundene im Falle eines bestimmten Verhaltens mit wirtschaftlichen Nachteilen oder dem Verlust von wirtschaftlichen Vorteilen, die ihm durch Vertrag angedroht oder versprochen sind, rechnen muß, eine wirtschaftliche Bindung vorliegt, gleich welchen Umfang das wirtschaftliche Druckmittel hat.

Die Konsequenz für die Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln ist, daß die Preisnapassungspflicht, welcher der zur Meistbegünstigung verpflichtete Lieferer unterliegt, ein wirtschaftlicher Nachteil ist, der, da der Lieferer ihn bei der Gestaltung in Drittverträgen in seine Kalkulation einbeziehen muß geeignet ist, den Lieferer zum Unterlassen von Preissenkungen in Verträgen mit Dritten zu veranlassen. Das reicht für eine wirtschaftliche Bindung aus, so daß von daher die Meistbegünstigungsklausel als wirtschaftlich bindend angesehen werden kann.

c) Wirtschaftliche Bindung als Vertragszweck der Meistbegünstigungsklausel

Fraglich ist allerdings, ob das allein für die Annahme einer wirtschaftlichen Bindung genügt. Während die Gegner der Klausel dieses objektive Gebundensein des Vertragspartners durch ein wirtschaftliches Druckmittel ausreichen lassen ¹⁾, wird teilweise vertreten, daß die wirtschaftliche Bindung auch Zweck des Vertrages sein muß, daß

1) So Langen-Niederleithinger-Schmidt
§ 15 Rdn. 48
Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1372;
F.Hermanns WUV 1968, 671, 673.

also der Bindung einen wirtschaftlichen Vorteil oder Nachteil bewußt einsetzt, um die Bindung zu erreichen ¹⁾. Als Argument gegen die Befürworter einer objektiven Bindung bei § 15 GWB wird diesen vorgeworfen, die Folgetheorie unzulässigerweise anzuwenden ²⁾. Konsequenz dieser Meinung kann es freilich nicht sein, bei der Meistbegünstigungsklausel generell die wirtschaftliche Bindung zu verneinen, da Sinn und Zweck der Klausel nur die Erreichung des Begünstigungseffektes, nicht aber des Begünstigungssperreneffektes sei ³⁾. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, daß die Klausel zum Zwecke der Verhinderung von Preissenkungen von Unternehmen eingesetzt wird; die tatsächliche Geeignetheit der Klausel hierzu steht fest. Folgt man der

1) So H.-W. Giefers WRP 1966, 126, 127;
L. Trautmann WUV 1976, 285, 286 f.;
G. Schwartz in GK 3. Auflage § 15 Rdn. 16;
Frankfurter Kommentar TZ 30 - 34.

2) L. Trautmann WUV 1976, 285, 289;
vgl. dazu auch O. Sandrock, "Grundbegriffe
des GWB" S. 243, der in dem Erfassen der
wirtschaftlichen Bindung durch § 15 GWB
die Bestätigung der Folgetheorie sieht.

3) So aber ohne Differenzierung
H.-W. Giefers WRP 1966, 126, 127;
L. Trautmann WUV 1976, 285, 286 f.

Ansicht, daß die Begünstigungssperre und somit die Verhinderung einer Preissenkung Zweck der Klausel sein muß, überhaupt, so wird es richtig sein, zwischen den einzelnen Fällen nach Klauselart, innerer Einstellung des Klauselverwenders und der Beziehung zu dem zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferer zu differenzieren ¹⁾. Speziell eine Klausel nach Art der "Metro-Klausel", die die Preisanpassungspflicht gerade zum Inhalt hat, würde dafür sprechen, daß Hauptzweck der Klausel die Preisanpassung ist, während ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Lieferer und Klauselverwender zusammen mit anderen Umständen, z.B. scharfer Konkurrenz auf der Abnehmerstufe, für eine Bindung als Zweck der Klausel sprächen ²⁾.

Eine relativ starke Gegenansicht geht dagegen davon aus, daß es nur auf die objektiv beschränkende Wirkung der wirtschaftlichen Bindung ankomme, nicht hingegen auf die subjektive Ansicht des Klauselverwenders ³⁾. Eine schlüssige Begründung wird hierfür allerdings nicht gegeben. Insbesondere kann solches nicht aus der "4711"-Entscheidung des BGH geschlossen werden ⁴⁾: Unter einer tat-

1) Ein generelles Leugnen solcher Absichten, wie H.-W. Gieffers u. L. Trautmann, jeweils a.a.O., es vertreten, dürfte daher zu weit gehen, im Ergebnis so wohl G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 15, der, obwohl er fordert, daß die Beschränkung Inhalt des Vertrages ist, der Hermann'schen Auffassung (WuW 1968, 671, 673) zustimmt.

2) Insoweit von seinem Ausgangspunkt aus im Ergebnis zutreffen L. Trautmann a.a.O.

3) Vergleiche dazu Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 48; Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1372; F. Hermanns WuW 1968, 671, 673.

4) BGH WuW/E BGH 256 f.

sächlichen Bindung hat er nicht verstanden, daß es nur auf die objektive Bindungswirkung ankomme; damit hat sich der BGH gar nicht befaßt. Er wollte vielmehr nur darlegen, daß eine Maßnahme gegen § 15 GWB verstoßen könne, die dem Betroffenen zwar rechtlich die Gestaltungsfreiheit ließe, sie ihm aber tatsächlich nehme ¹⁾. Das hat mit der Frage, ob dieses auch Vertragszweck war. bzw. sein muß, nichts zu tun. Mißverstanden wird in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des BKartA in Sachen "Ofenpreisbindung" ²⁾. Auch das BKartA hat nämlich von einer tatsächlichen Bindung nur zur Unterscheidung von der rechtlichen Bindung gesprochen. Über die Frage, inwieweit die Absicht des Bindenden zur Beschränkung für das Eingreifen von § 15 GWB erforderlich ist, geben diese Entscheidungen nichts her ³⁾. Im Gegenteil hat gerade der BGH verlangt, daß die wirtschaftliche Bindung in der Gestaltung der Zweitverträge sich aus dem Erstvertrag ergeben muß, sie muß also Inhalt des Vertrages sein ⁴⁾. Dann ist es aber nur folgerichtig, zu verlangen, daß die Bindung auch dem Willen des

1) Vergl. BGH a.a.O.

2) BKartA WUV/E BKartA 1028.

3) Das Übersehen vor allem Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 48, die sich auf letztere Entscheidung berufen.

4) Vergl. BGH WUV/E BGH 256 f; zustimmend G. Schwartz in GK 3 Aufl. § 15 Rdn. 16; Frankfurter Kommentar § 15 Tz 30-34; Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 46 obwohl er nur die objektive Bindungswirkung verlangt, vergl. § 15 Rdn. 48

Vertragspartners, der die Klausel verlangt, liegt, da der Vertrag schließlich durch die Willenserklärung der Parteien zustande kommt ¹⁾.

Es ist aber letztlich müßig, über diese Frage zu diskutieren, denn selbst wenn man die Absicht des Bindenden zur Erlangung der Bindungswirkung verlangt, muß bei der Meistbegünstigungsklausel davon ausgegangen werden, daß in ihrem Falle der Bindungswille vorhanden ist. Der Ansatzpunkt, der Klauselverwender wolle nur an dem Preisvorteil anderer teilnehmen, ist nämlich unrichtig. Wie schon bei der Frage der rechtlichen Bindung dargelegt, ist es Sinn der Klausel und damit Absicht des Klauselverwenders, den Abstand zum Mitwettbewerber zu wahren. Indirekt geben das auch die Befürworter der Zulässigkeit der Klausel zu, indem sie sei als probates Mittel gegen vermeintliche Diskriminierungen anbieten ²⁾. Dieser Absicht kommt aber ein künstlich hochgehaltener Preis nur entgegen; er gibt dem Klauselverwender die Möglichkeit, gegenüber den anderen Mitbewerbern durch günstigere Kalkulation einen Vorsprung zu erwerben. Auch wenn ihm dieses nicht möglich ist, so hat ein hoher Preis für ihn den Vorteil, daß anderen das Erreichen eines solchen Vorsprungs erschwert wird. Um sein Ziel, dem Mitwettbewerber ein Ausbrechen aus der Preisfront unmöglich zu machen, zu erreichen, nimmt der Klauselverwender, wie die Vertreter

1) Zutreffend daher vor allem die Überlegungen von H.-W. Giefers WRP 1966, 126, 127 und L. Trautmann WUV 1976, 285, 287 - 289.

2) Vergl. L. Trautmann WUV 1976, 285, 286, 289, u. H.W. Giefers WRP 1966, 126, 127.

der "objektiver" Auslegung des § 15 GWB zu Recht als Zusatzargument aufführen, die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Bindung des zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferers billigend im Kauf; in den meisten Fällen wird diese sogar durchaus nicht unerwünscht sein ¹⁾. Es läßt sich aus diesem Gesichtspunkt also wohl kaum vertreten, die Bindung des zur Meistbegünstigung Verpflichteten läge nicht in der Absicht eines Klauselverwenders. Der Lieferer steht angesichts der Klausel vor der Alternative, entweder die Preissenkung zu unterlassen, oder den wirtschaftlichen Nachteil der Preisanpassungspflicht zu ertragen. Beide Alternativen kommen vom Erfolg her dem Gleichschaltungswillen des Klauselverwenders entgegen. Die wirtschaftliche Bindung mag zwar nicht der Hauptabsicht des Klauselverwenders entsprechen, der Wille dazu ist aber in der Hauptabsicht des Klauselverwenders enthalten ²⁾.

Also ist davon auszugehen, daß die wirtschaftliche Bindung durch eine Meistbegünstigungsklausel dem Willen des Klauselverwenders entspricht.

Da somit alle Voraussetzungen für die Annahme einer wirtschaftlichen Bindung gegeben sind, ist als Zwischenergebnis festzuhalten, daß die Meistbegünstigungsklausel auch eine wirtschaftliche Bindung im Sinne des § 15 GWB auferlegt ³⁾.

-
- 1) So zutreffend Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1372, unter Berufung auf BGH WUV/E BGH 1168, "Blitzgeräte", wo die Absicht des "Bindenden" ebenfalls nicht primär auf die Bindung gerichtet war.
 - 2) Vergl. Löhr-Löhr a.a.O.
 - 3) So im Ergebnis BKartA WUV/E BKartA 1583, 1585; TB 1966, S. 51; Löhr-Löhr BB 1975, 1370 ff; M.Sucker DB 1976, 181, 182; Langen-Niederleinhinger-Schmidt § 15 Rdn. 11; H. Helm, "Das Kartellrecht in der Wirtschaftspraxis" Tz 106.

4) Anwendbarkeit des § 15 GWB auf die
Meistbegünstigungsklausel

Wird es auch bejaht, daß die Meistbegünstigungsklausel vom Wortlaut des § 15 GWB erfaßt wird, so ist doch zu fragen, ob die Anwendung von § 15 GWB auf die Meistbegünstigungsklausel interessen-gerecht ist. Hiergegen werden zahlreiche Argumente aufgeführt, die dafür sprechen sollen, daß § 15 GWB nicht anwendbar ist, da er bei realistischer Betrachtungsweise nicht paßt.

a) Entzug eines wettbewerblichen Instrumentes

Ein Anhaltspunkt ist, daß die Meistbegünstigungsklausel für den Lieferer auch positive Aspekte hat. Er kann sie im Wettbewerb mit anderen Lieferanten als Lockmittel benutzen, indem er sie den für ihn interessanten potentiellen Kunden als Preisvergünstigung anbietet. Dadurch, daß man § 15 GWB auf die Meistbegünstigungsklausel anwendet, entzieht man dem Lieferer dieses wettbewerbliche Instrument. Das wird gegen die Unzulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel gem. § 15 GWB eingewandt ¹⁾.

Dieses Argument ist leicht dadurch zu entkräften, daß der Schutz eines Betroffenen vor sich selbst dem Gesetz nicht fremd ist. Eines Schutzes bedarf der Lieferer aber, da er sich durch Gewährung der Meistbegünstigungsklausel langfristig seiner Entscheidungsfreiheit im Wettbewerb gegenüber anderen Abnehmern begibt oder sie einschränkt. Wie bereits dargelegt, muß eine solche Einschränkung in den wettbewerblichen Mitteln im Interesse des Schutzes der individuellen Entscheidungsfreiheit in Kauf genommen werden, denn diese ist im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Institution Wettbewerb höherrangig ²⁾.

1) L. Trautmann WUW 1976, 285, 286.

2) Vgl. G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 2

b) Zwang für den Lieferer zur Ungleichbehandlung

Unbegründet ist auch das Argument gegen die Anwendbarkeit von § 15 GWB, durch das Verbot der Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln werde einem die Klausel anbietenden Lieferer die Freiheit zur Gleichbehandlung genommen und der Zwang zur Ungleichbehandlung auferlegt ¹⁾.

§ 15 GWB schützt ja gerade die Entschließungsfreiheit des Lieferers; er soll also in der Gestaltung von Preisen und Konditionen gegenüber Dritten frei sein. Es bleibt ihm daher unbenommen, in dem gesetzlich gestatteten Rahmen seine Abnehmer gleich oder ungleich zu behandeln. Nur soll eine Entscheidung hierüber freiwillig sein, das heißt, nicht von irgendwelchen Verpflichtungen und dem Eintritt nachteiliger Folgen beeinflusst werden ². Das aber wird durch die Anwendung von § 15 GWB auf die Meistbegünstigungsklausel gerade erreicht.

c) Vertraglicher Diskriminierungsschutz -
Zulässigkeit der leistungsbedingten
Meistbegünstigungsklausel

Hauptsächlich wird aber der Anwendung von § 15 GWB entgegengehalten, durch sie verliere der Klauselverwender die Möglichkeit sich vor Diskriminierungen zu schützen. In der Tat liegt es wege

1) So aber L. Trautmann a.a.O. als Zusatzargument zum Verlust eines Wettbewerbsmittels; ebenso J. Apel DB 1976, 2193, 2195, der in der Argumentation des BKartA im "Metro"-Beschuß die Feststellung eines gesetzlichen Zwanges zur Diskriminierung sieht.

2) Vgl. hierzu insbesondere die Argumentation von Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371.

des der Klausel innewohnenden Gleichschaltungseffektes nahe, Meistbegünstigungsklauseln als Mittel zum Schutze gegen Diskriminierungen zu verwenden ¹⁾. Es fragt sich allerdings, ob, wenn jeder Abnehmer die Klausel verwendet oder verwenden darf, damit der Schutz von Diskriminierungen nicht überkompensiert wird.

Zunächst erhebt sich die Frage, ob überhaupt jede Ungleichbehandlung eine Diskriminierung ist. Dieser Gedanke ist beim Robinson-Patman-Act, der amerikanischen Regelung zum Diskriminierungsverbot, tatsächlich zu finden ²⁾. Im Gegensatz zum amerikanischen Recht ist ein solcher Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen Recht nicht zu finden. Hier wird unter dem Diskriminierungsverbot die Pflicht zur Gleichbehandlung gleich gelagerter Fälle verstanden. Gleiches soll gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden. Dieser Gedanke kommt schon in Art. 3 GG zum Ausdruck und findet speziell im deutschen Wettbewerbsrecht in § 26 Abs. 2 GWB seinen Niederschlag, wo von der Diskriminierung gleichartiger Unternehmen die Rede ist. Danach liegt eine Diskriminierung zunächst nicht in jeder Ungleichbehandlung, sondern in der Ungleichbehandlung gleich gelagerter Fälle ³⁾. Die Konsequenz für die Meistbegünstigungsklausel ist, daß sie zu undifferenziert wirkt, um in diesem Sinne Diskriminierungen abzufangen; sie erfaßt nicht die Ungleichbehandlung

1) So ausführlich L. Trautmann, WUV 1976, 285, 286, 289.

2) W. Zohlhöfer "Wettbewerbspolitik im Oligopol" S.74 f

3) Entspr. Müller-Henneberg in GK 3. Aufl. § 26 Abs. 2 Rdn. 1; G. Skiba "Preisdiskriminierung und die Wettbewerbsregeln des GWB" WUV 1972, 211.

gleichgelagerter, sondern alle Fälle. Daher kann sie nicht gerechtfertigt werden mit dem Argument des Schutzes vor Diskriminierungen.

Dieser Mangel könne allerdings durch Einschaltung eines Abgrenzungskriteriums, das die Gleichartigkeit der von der Klausel betroffenen Fälle umreißt, vermieden werden. Ein solches Abgrenzungskriterium könnte die Leistungsbedingtheit der Klausel sein. Um es nochmals in Erinnerung zu rufen; Bei leistungsbedingten Meistbegünstigungsklauseln handelt es sich um Klauseln nach "Schuh" oder "Metro"-Muster mit dem Zusatz: "soweit die anderen Belieferten gleich bzw. gleichartige Leistungen erbringen". Durch diesen Zusatz wird ein Beurteilungskriterium für die Gleichartigkeit aufgestellt, so daß von der Klausel nur die Fälle, die im Sinne der Leistungsbedingtheit gleich gelagert sind, erfaßt werden. So bietet die Klausel die Differenzierungsmöglichkeit, die ihr ohne die Leistungsbedingtheit fehlen würde ¹⁾.

Trotzdem ist weiter zu prüfen, ob auch in diesem Rahmen jede Ungleichbehandlung Diskriminierung ist. Aus § 26 Abs. 2 GWB läßt sich solches direkt nicht herleiten. Diese Vorschrift betrifft Ungleichbehandlungen und andere diskriminierende Maßnahmen durch marktbeherrschende Unternehmen, Preisbinder oder Unternehmer, von deren Leistungen andere abhängig sind, also nur die Fälle, in denen die Ungleichbehandlung von den Betroffenen nicht abgewehrt werden könnte ²⁾. Trotzdem wird diese

1) Daher hält L. Trautmann WUV 1976, 285, 289, speziell diese Ausgestaltung der Klausel für zulässig; vgl. auch BKartA TB 1966, S. 51.

2) Vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt § 26 Rdn. 4; G Skiba WUV 1972, 211 ff; ders. "Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik" S. 92.

Vorschrift indirekt zur Begründung dafür herangezogen, daß jede Ungleichbehandlung diskriminierend ist ¹⁾. Nach dieser Ansicht werden die Diskriminierungen vom Gesetz nicht erlaubt, sondern nur geduldet. Der Schutz vor Diskriminierungen wird der Privatautonomie überlassen. Da die Meistbegünstigungsklausel ja praktisch ein privatvertragliches Diskriminierungsverbot darstellt, ist sie nach Ansicht ihrer Befürworter zulässig ²⁾.

Gegen diese Auslegung spricht jedoch das Vorhandensein des § 15 GWB. Dieser gibt dem Lieferer gerade die Entscheidungsfreiheit, die ihm gestattet, unterschiedlich zu behandeln. Würde man die Freiheit nur darin sehen, daß der Lieferer einen festen Tarif aufstellen darf, an diesen dann aber ausnahmslos gebunden ist, wäre die Vorschrift des § 26 Abs. 2 GWB in ihrer jetzigen Ausprägung überflüssig. Es bedürfte nur der einschränkenden Definition des Wortes "Entscheidungsfreiheit" gem. § 15 GWB oder der direkten Festlegung eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes. Das aber hat der Gesetzgeber gerade nicht getan. Das von ihm gewählte Zusammenspiel zwischen § 15 GWB und § 26 Abs. 2 GWB funktioniert vielmehr derart, daß § 15 GWB die Erlaubnis enthält, Preise und Bedingungen frei zu gestalten - wenn dieses nicht gestattet wäre, brauchte § 15 GWB die Gestaltungsfreiheit nicht zu schützen - und § 26 Abs. 2 GWB die Mißbrauchsfälle regelt. Daraus ist zu ersehen, daß der deutsche Gesetzgeber von einem allgemeinen Diskriminierungsverbot bewußt Abstand genommen hat ³⁾

1) L. Trautmann WUV 1976, 285, 286 f.

2) L. Trautmann a.a.O.

3) E. Müller-Hennberg in GK 3. Aufl.

§ 26 Abs. 2 Anm. 1;

Langen-Niederleithinger-Schmidt § 26 Rdn. 4.

Ungleichbehandlungen sind damit nicht nur geduldet, sondern erlaubt. Der Preis soll also nicht das Ergebnis staatlicher Reglementierung gleich welcher Art sein, sondern des freien Spiels der Kräfte. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot würde, wie die Erfahrungen mit dem Robinson-Patman-Act in den USA gezeigt haben, zum Erliegen des Preiswettbewerbes führen ¹⁾. Genaus das aber ist das Ergebnis der Anwendung eines vertraglichen allgemeinen Diskriminierungsverbotes, wie es die Meistbegünstigungsklausel darstellt. Ist im Interesse des Preiswettbewerbs ein allgemeines Diskriminierungsverbot bewußt vermieden und die "Diskriminierung", von besonderen Fällen abgesehen sogar gestattet worden, so kann andererseits ein privatvertragliches Diskriminierungsverbot nicht zulässig sein ²⁾.

Demgegenüber ist es nicht zutreffend, die Schutzwürdigkeit des Preiswettbewerbs zu leugnen ³⁾

1) W. Zohlhüfer "Wettbewerbspolitik im Oligopol", S. 86, 94, 212 f.

Das führte auch zu Bestrebungen, den Robinson-Patman-Act. abzuändern; vgl. H.D. Löhr "Für eine Revision des Robinson-Patman-Act. - Aufhebung des Verbots der Preisdiskriminierung" WRP 1975, 595.

2) Im Ergebnis ebenso M. Sucker DB 1976, 181, 182, 183.

3) So. J. H. von Brunn, "Wettbewerbsbegriff und Geheimwettbewerb", BB 1975, 1555.

Vielmehr ist die Differenzierungsmöglichkeit bei der Preisgestaltung wichtigste Voraussetzung für eine wettbewerbsgemäße Marktdynamik ¹⁾. Der Preiswettbewerb in Form von Preisvorstößen, denen die Meistbegünstigungsklausel auf seiten der Nachfrager gerade begegnet, ist daher durchaus als schützenswert anzusehen.

Im Übrigen würde die Zulässigkeit "privater" Diskriminierungsverbote zu einer Wettbewerbsverzerrung führen. Geschützt vor Diskriminierungen wären nur die wirtschaftlich schwachen oder abhängigen Abnehmer durch § 26 Abs. 2 GWB und die marktstarken Nachfrager, wenn und soweit sie die Meistbegünstigungsklausel einsetzen können, die dazwischen liegende "Grauzone" jedoch nicht, weil die dort einzuordnenden Abnehmer nicht unter § 26 Abs. 2 GWB fallen und die Klausel mangels wirtschaftlicher Stärke nicht durchsetzen könnten ²⁾. Das gäbe gerade den marktstarken Nachfragern den anderen gegenüber einen wettbewerbsverzerrenden Vorteil.

Selbst wenn man wirklich davon ausgehen würde, daß der Gesetzgeber jede Ungleichbehandlung als Diskriminierung mißbillt und nur duldet, müßte die Meistbegünstigungsklausel als unzulässig angesehen werden. Durch § 15 GWB täte der Gesetzgeber nichts anderes, als die "Spielregeln" für den

1) BGH WUV/E BGH 1337, 1343 "Aluminium-Halbzeug", vgl. auch Kartte-v. Portatius, "Kriminalisierung des Kartellrechts ?" BB 1975 1169, 1170.

2) So im Ergebnis S. Sucker DB 1976, 181, 183 f.; eine vergleichbare Argumentation findet sich bei H.-W. Gieffers WRP 1966, 126, 128 bei der Untersuchung der mißbräuchlichen Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln im Rahmen des § 22 GWB.

privaten Schutz vor Diskriminierung aufzustellen. Die Meistbegünstigungsklausel aber, die unter § 15 GWB fällt, verstieße gegen diese Regeln, da bei ihrer Anwendung der Diskriminierungsschutz nicht mehr dadurch erzielt wird, daß der "Diskriminierte" die Ungleichbehandlung durch seine eigene Kraft abfängt, sondern solche Auseinandersetzungen ein für allemal vermieden würden.

Daher ist die Meistbegünstigungsklausel auch nicht als leistungsbedingte Meistbegünstigungsklausel zum privatrechtlichen Schutz vor Diskriminierungen zulässig ¹⁾.

d) Reduzierung von § 15 GWB auf Mißbrauchs-
fälle

Betrachtet man die vorhergehenden Argumente für die Unanwendbarkeit von § 15 GWB auf Meistbegünstigungsklauseln näher, so ist zu erkennen, daß hinter diesen recht vordergründigen Argumenten ein anderer, weitergehender Gedanke steckt. Letztlich laufen alle Überlegungen bezüglich der Nichtanwendbarkeit von § 15 GWB auf die Meistbegünstigungsklausel ja darauf hinaus, daß die Klausel nur in bestimmten Fällen wirklich gefährlich sein könnte, in den meisten Fällen aber sogar interessengerecht sei. Für den Schutz des Wettbewerbs genüge es aber, wenn das Handeln des Klauselverwenders gem. § 22 GWB auf Mißbrauch kontrolliert werde ²⁾.

1) BKartA WUW/E BKartA 1583, 1585;
M.Sucker DB 1976, 181 ff.;
Löhr-Löhr BB 1975, 1370;
Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 55;
Westrick-Loewenheim § 15 Rdn. 11;
H. Helm " Kartellrecht in der Wirtschafts-
praxis" Tz 106.

2) Diese Argumentation findet sich im Ansatz bei
H.-W. Giefers, WRP 1966, 126, 128, der die Klausel
unter den Bedingungen des § 22 GWB für unzulässig
hält.

Um ein konkretes Beispiel zu nennen: Von kleineren Abnehmer und nur vereinzelt eingesetzt, könnte die Klausel kaum ihre gefährliche Wirkung entfalten; Wettbewerbsverzerrungen wären kaum zu befürchten, und die wirtschaftliche Bindung würde wegen Untauglichkeit des Bindungsinstrumentes die Entscheidungsfreiheit des Lieferers dann nicht beeinträchtigen, wenn er die Nachteile der Anpassungspflicht ohne weiteres in Kauf nehmen könnte. Nun läßt sich auf diese Weise nicht begründen, daß die Meistbegünstigungsklausel nicht von § 15 GWB erfaßt wird. Zu Überlegen wäre jedoch, ob man den Anwendungsbereich von § 15 GWB von vornherein nur auf Mißbrauchsfälle begrenzt, daß man also "tatsächlich ungefährliche Klauseln", und zwar nicht nur Meistbegünstigungsklauseln, sondern auch jede andere von § 15 GWB erfaßte Vertragsbestimmung, für zulässig erklärt ¹⁾. So soll auch die leistungsbedingte Meistbegünstigungsklausel nicht mißbräuchlich sein ²⁾.

Letztlich kann aber auch diese Überlegung nicht zur Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel führen. Eine solche Begrenzung des Anwendungsbereichs wäre nicht nur systemwidrig, sondern würde auch zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Im Grunde stellt § 15 GWB den typischen Fall einer Praeventivmaßnahme (im nichtjuristischen Sinne) dar. Die Regelung soll ja -praeventiv- im Interesse einer freien

1) So L. Trautmann WUV 1976, 285 ff, dessen Argumentation erkennen läßt, daß er, vorausgesetzt die Klausel ist unzulässig, nach dem Schaden für den Wettbewerb differenzieren will, insbesondere S. 289.

2) BKartA TB 1966, S. 51.

Entscheidung des Wettbewerbers jegliche sachfremden Einflüsse von ihm fernhalten. Dafür spricht die Tatsache, daß der Zweitvertrag, bei dessen Gestaltung ein Vertragspartner behindert werden soll, noch nicht abgeschlossen sein muß; deshalb wird auch auf das Merkmal "Marktbeeinflussung" anders als bei § 1 GWB nicht abgestellt, eine solche ist nicht erforderlich¹⁾. Würde man nun § 15 GWB auf die Mißbrauchsfälle bzw. die "gefährlichen Fälle" beschränken, würde die Vorschrift diese Bedeutung verlieren. Außerdem müßte dann die Marktbeeinflussung überprüft werden, das heißt, die Gefährlichkeit der jeweiligen Klausel müßte durch Prognosen über ihre Wirkung auf Entscheidungsfreiheit und Wettbewerb erst festgestellt werden. Diese Prognose wird nach einhelliger Ansicht bei § 15 GWB gerade nicht verlangt²⁾. Gerade im Falle der Meistbegünstigungsklausel käme es zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten; wann läge eine Bindung vor, wann wäre die Klausel gefährlich? Diese Frage wäre sehr schwierig zu beantworten, vor allem, da die Klausel ihre Gefährlichkeit oft bei massierter Benutzung erhält³⁾. Für eine solche Beschränkung, wie sie das amerikanische Recht kennt⁴⁾, gibt es im deutschen Kartellrecht keinen Raum⁵⁾. Auf § 15 GWB bezogen heißt das, daß eine freiheitsbeschränkte Klausel, auch die Meistbegünstigungsklausel, unabhängig von ihrer "Schädlichkeit" im Wettbewerb gegen § 15 GWB

1) G. Schwartz in GK 3. Aufl. Rdn. 2

2) Vgl. G. Schwartz a.a.O.

3) F. Hermanns WUW 1968, 671, 672.

4) Sogen. "rule of reason", vgl. W. Zohlhöfer, "Wettbewerbspolitik im Oligopol" S. 55 f; V. Emmerich, "Wettbewerbsrecht" S. 13.

5) H. Müller-Henneberg in GK 3. Aufl.
§ 1 Rdn. 114 m.w.N.

verstößt und daher nichtig ist¹⁾.

1. Teilergebnis

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, daß Meistbegünstigungsklauseln in jeder Form, auch als leistungsbedingte Klauseln, von § 15 GWB erfaßt, also unzulässig sind.

II. Ausnahmen von der Unzulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln

Die Unzulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel nach § 15 GWB braucht jedoch nicht zu bedeuten, daß es nicht Rechtfertigungsgründe für die Anwendung der Klausel gibt, bei deren Vorliegen § 15 GWB nicht zur Anwendung kommt²⁾. Daß es solche Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen geben kann, ist für den Fall der Sicherheitsgründe zum Schutz des Einzelnen anerkannt³⁾. Für die Meistbegünstigungsklausel könnten sich im wesentlichen zwei Rechtfertigungsgründe anbieten.

1) Die Meistbegünstigungsklausel als Mittel zur Förderung des Wettbewerbs

Einmal wäre die Anwendung von § 15 GWB sicher dann auszuschließen, wenn die Meistbegünstigungsklausel wettbewerbsfördernd wirken würde. Diese Wirkung könnte eintreten, wenn kleine Anbieter bzw. Nachfrager im Wettbewerb mit marktstarken

1) Im Ergebnis ebenso M. Sucker DB 1976, 181, 182

2) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 63 ff.

3) BKartA, 20.2.1960, "Doppelstecker"
WUV/E BKartA 145 ff.

Nachfragern stehen und durch die Meistbegünstigungsklausel begünstigt sind¹⁾.

Die Grundlage für diese Überlegung ist, daß marktstarke Nachfrager zwar die Klausel durchsetzen können, aber auf sie meist nicht angewiesen sind. Ihre Marktmacht verschafft ihnen die Möglichkeit, ihre Preisvorstellungen gegenüber dem Lieferer auch in individuellen Verhandlungen durchzusetzen²⁾. Nachfrager, deren Marktmacht nur gering ist, haben diese Möglichkeit nicht bzw. nur in geringem Umfang. Die Folge ist, daß bezüglich der marktmächtigen Nachfrager die Wirkung eintritt, die auch die Meistbegünstigungsklausel insoweit mit sich bringen würde: Die mächtigen Nachfrager setzen die günstigsten Konditionen durch und sind in ihrer wettbewerblichen Stellung gegenüber den kleineren Nachfragern begünstigt. Sie können ihre Marktstellung als Anbieter gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen verstärken. Da die kleineren Nachfrager in ihrer Stellung als Anbieter dann nicht konkurrenzfähig sind, kann das zu einer Verengung des Marktes führen, die für den Wettbewerb auf der Anbieterseite nicht förderlich ist³⁾.

-
- 1) So insbesondere J. Apel DB 1976, 2193, 2195 f; auch L. Trautmann WUV 1976, 285, 290, der das Verbot von Meistbegünstigungsklauseln für mittelstandsfeindlich hält.
 - 2) So schon P. Nester, "Nachfragemacht und Kartellgesetz" S. 113 ff., der nachweist, daß andere Unternehmen eine Ungleichbehandlung der marktmächtigen Nachfrager in der Regel unterlassen werden, weil deren Abwehrmöglichkeiten zu durchschlagend sind, vgl. S. 114.
 - 3) Vgl. dazu ausführlich J. Apel DB 1976, 2193, 2195.

Diese wettbewerbsschädliche Situation, so könnte man vertreten, ließe sich dadurch vermeiden, daß man den kleinen Nachfragern/Anbietern Mittel gibt, die es ihnen erlauben, mit den großen Nachfragern Schritt zu halten und so konkurrenzfähig zu bleiben. Ein solches Mittel könnte die Meistbegünstigungsklausel - natürlich nur in Form der "Schuh"- oder "Metro"-Klausel - sein. Der Begünstigungseffekt, der diesen Klauselarten innewohnt, würde für eine Anpassung der Preise, die den kleinen Nachfragern gewährt werden, an die Preise der "Großen" sorgen. Durch den Gleichschaltungseffekt hätten diese die gleiche Ausgangsbasis der marktstarken Nachfrager und jeder für die kleinen Nachfrager nachteilige Vorstoß der "Großen" könnte abgefangen werden. Diese Folgen, die an sich gerade zum Eingreifen des § 15 GWB führen, würden auf diese Weise letztlich mittelstandserhaltend wirken und so die wettbewerbsschädliche Marktverengung verhindern. Der Vorsprung, den die Marktmacht den marktstarken Nachfragern gewährt, könnte durch die Klausel ausgeglichen werden¹⁾. So bestechend diese Argumentation auch klingt, sie kann doch nicht zur Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel führen. Abgesehen davon, daß die Vorstellung, kleine Nachfrager könnten die Meistbegünstigungsklausel gegenüber dem Lieferer durchsetzen, unrealistisch ist, ist auch der wettbewerbsfördernde Aspekt ein Scheinargument.

Daß kleine Nachfrager in den Genuß einer Meistbegünstigungsklausel kommen, dürfte in der Regel

1) Auf diese Weise würde die Klausel nach Ansicht von J. Apel den Leistungswettbewerb fördern und somit positiv für den Wettbewerb wirken.
Vgl. DB 1976, 2193, 2196.

auszuschließen sein. Durchsetzen könnten sie die Klausel wegen mangelnder Marktmacht nicht; sie könnte ihnen allenfalls vom Lieferer freiwillig als Preisvorteil gewährt werden¹⁾. Davon wird der Lieferer aber wegen der Nachteile, die die Preisanpassungspflicht mit sich bringt, und vor allem wegen der ihm auferlegten Bindung, regelmäßig Abstand nehmen²⁾. Man darf nicht vergessen, daß der Lieferer dem Druck des marktmächtigen Nachfragers ausgesetzt ist. Er muß also in der Lage sein, dessen Druck, wenn dieser relativ zu anderen Abnehmern günstigere Preise abschließen will, nachgeben zu können. Das kann er nicht, wenn er durch eine Meistbegünstigungsklausel gebunden ist³⁾. Er läuft sogar Gefahr, daß der für ihn wichtige starke Nachfrager abwandert, weil er seine Mitwettbewerber nicht abschütteln kann. Deshalb wird er in der Regel die Klausel nicht gewähren.

Aber auch aus rechtlichen Erwägungen ist ein solcher "Rechtfertigungsgrund" für Meistbegünstigungsklauseln abzulehnen. Während Interessen der

-
- 1) Und zwar als Wettbewerbsmittel, vgl. L. Trautmann WUV 1976, 285, 286.
 - 2) Die vor allem von Löhr-Löhr, BB 1975, 1370, 1371 dargelegte, aber auch von anderen Autoren nicht geleugnete Bindung führt zu diesem negativen Ergebnis; vgl. M. Sucker DB 1976, 181, 182, aber auch F. Hermanns WUV 1968, 671, 672 und H.-W. Giefers WRP 1966, 126, 127.
 - 3) Hierin liegt ein Beispiel dafür, inwiefern der zur Meistbegünstigung verpflichtete Lieferer zu kaufmännisch unvernünftigen Entscheidungen verleitet wird.
Vgl. Löhr-Löhr a.a.O.

kleinen Nachfrager an einer Klausel wohl bestehen mögen, werden dabei die Interessen der Lieferer außer acht gelassen. Die gleichen Gründe, die den Lieferer dazu veranlassen werden, die Klausel in der Regel nicht zu gewähren, zeigen, daß der Lieferer des Schutzes seiner Entscheidungsfreiheit im Interesse seines Bestehens bedarf, denn nur wenn er in seinen Entscheidungen frei ist, kann er in solchen Fällen auf den Einsatz wirtschaftlicher Macht angemessen reagieren. Verfolgt man die Ansicht, daß der Preis - oder die Konditionen eines Vertrages - das Ergebnis eines individuellen Machtspiels zwischen Lieferer und Abnehmer sein soll, und genau dieser Gedanke liegt § 15 GWB ja zugrunde¹⁾, so ist die Entscheidungsfreiheit des einzelnen auch in diesem Falle schutzwürdig.

Im Übrigen führt die Meistbegünstigungsklausel nur scheinbar zu einer Wettbewerbsverbesserung zwischen den Nachfragern auf ihrer Anbieterseite. Zunächst ist zu beachten, daß es den kleinen Nachfragern in der Regel nichts nützt, in Bezug auf Preise und Bedingungen zu den marktmächtigen Nachfragern aufzuschließen, diese haben aufgrund ihrer stärkeren Marktstellung, ihrer größeren Ressourcen und ihrer breiteren Kalkulationsmöglichkeiten sowieso einen Vorsprung vor den kleinen Nachfragern²⁾. Diese sind darauf angewiesen, wenn sie eine echte Konkurrenz bieten wollen, bessere Preise und Konditionen herauszuholen. Das können sie aber mit der

1) Vgl. die Ausführungen zum Schutzbereich des § 15 GWB; siehe auch BKartA WUV/E BKartA 1583, 1585.

2) Deshalb ist die Klausel für sie gerade wertvoll; zuweilen wird diese Absicht sogar in den Vertrag aufgenommen. Vgl. M. Sucker DB 1976, 181, 184, unter Berufung auf BKartA TB 1974, S. 69.

sie aber mit der Meistbegünstigungsklausel nicht¹⁾
Die These, daß sich eine Marktverengung durch die
Klausel vermeiden ließe, stimmt ebenfalls nicht.
Im Gegenteil: Die Klausel wäre für kleine Nach-
frager nur durchsetzbar, wenn sie von allen ver-
langt würde²⁾. Unabhängig davon, ob ein solches
Einsetzen kollektiver wirtschaftlicher Macht
überhaupt zulässig wäre, würde das dazu führen,
daß die kleinen Nachfrager, da sie alle von der
Begünstigung betroffen wären, ebenfalls gleich-
geschaltet wären, denn der Gleichschaltungseffekt
würde nicht nur das Verhältnis großer zu kleinen
Nachfragern berühren, sondern auch das Verhältnis
der kleinen untereinander. Da die kleinen Nach-
frager bezüglich ihrer Ausgangsbasis im Wettbewerb
gleichgeschaltet wären, wäre ein Wettbewerb zwi-
schen ihnen ausgeschlossen. Aber auch ohne daß
alle "Kleinen" kollektiv die Klausel verlangen,
würde der Wettbewerb zwischen ihnen verfälscht
werden, wenn vereinzelt Meistbegünstigungsklauseln
eingesetzt würden. Dann die Klausel richtet sich
von ihrer ganzen Wirkungskraft her gegen den
Preiswettbewerb³⁾. Die Einschränkung des Preis-
wettbewerbs wird aber nicht dadurch wünschens-
werter, daß zwischen Nachfragern der niedrigen
Marktmachtstufe der Wettbewerb eingeschränkt wird.
Zu beachten ist schließlich auch, daß die Klausel
durch den Begünstigungssperreneffekt die Preise
hochhält. Sollte dieses den kleinen Nachfragern

1) So Überzeugend auch M. Sucker a.a.O.

2) Das ist die Konsequenz der bisherigen
Überlegungen zur Durchsetzbarkeit der Klausel

3) BKartA WUW/E BKartA 1583, 1585;
M. Sucker DB 1976, 181 ff., schon F. Hermanns
WUW 1968, 671, 672.

ein Mithalten mit den großen auch ermöglichen, so bleibt die Ausgangsbasis für den Wettbewerb doch relativ gesehen ungünstig, mit dem Erfolg, daß auch die Preise der Nachfrager mehr oder weniger festgeschrieben werden. Es ist zu bezweifeln, daß dieses für die Preiskalkulation der schwächeren Nachfrager günstig ist.

So gesehen ist die Meistbegünstigungsklausel zur Förderung des Wettberbs ein untaugliches Mittel. Ihr Einsatz kann also nicht auf diese Weise gerechtfertigt werden, so daß auch für kleine Nachfrager die Klausel unzulässig ist ¹⁾.

2) Die Meistbegünstigungsklausel im Falle des Diskriminierungsverbotes

Gerechtfertigt sein könnte die Meistbegünstigungsklausel aber dann, wenn gegenüber dem Lieferer die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB erfüllt sind. Das Argument, die Meistbegünstigungsklausel sei als Schutz vor Diskriminierungen zulässig, wurde ja nicht zuletzt deswegen abgelehnt, weil nur unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB eine Ungleichbehandlung verboten ist. In § 26 Abs. 2 GWB findet die Entscheidungsfreiheit des Lieferers bzgl. der Vertragsgestaltung also gewissermaßen ihre Grenze. Daraus könnte schon geschlossen werden, daß die Klausel, wenn sie gegen einen Lieferer gerichtet ist, der unter die in § 26 Abs. 2 GWB genannten Unternehmen einzuordnen ist, mit den Zielen des § 26 Abs. 2 GWB übereinstimmt und daher nicht

1) So im Ergebnis auch M. Sucker DB 1976, 181, 183 f.
Auch Löhr-Löhr BB 1975, 1370, erkennen einen solchen "Rechtfertigungsgrund" offenbar nicht an ("Verwendung von marktmächtigen Konkurrenten").

gegen § 15 GWB verstößt ¹⁾. Die Argumente, die zur Unzulässigkeit der Klausel führen, würden dann wegfallen, denn da hier schon gesetzlich ein Gebot zur Gleichbehandlung festgelegt wäre, könnte eine vertragliche Bindung, die die Freiheit zur Ungleichbehandlung beschränkt, nicht unzulässig sein. Zu prüfen ist also, ob eine solche Vereinbarkeit zwischen Zielen und Wirkungen der Meistbegünstigungsklausel und des Diskriminierungsverbots gem. § 26 Abs. 2 GWB wirklich besteht.

a) Die Aufgreifkriterien und die Rechtsfolgen des § 26 Abs. 2 GWB

Wie bereits ausgeführt, kennt das deutsche Kartellrecht kein allgemeines Diskriminierungsverbot. Normadressaten sind nur marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen und Unternehmen im Sinne der §§ 2 bis 8, 99 Abs. 2, 100 Abs. 1 u. 7, 102 Abs. 3 u. 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB sowie Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen, von denen andere als Anbieter oder Abnehmer abhängig sind, also sogen. marktstarke Unternehmen ²⁾. Gegen solche Unternehmen könnte demgemäß auch die Meistbegünstigungsklausel gerichtet werden.

-
- 1) So insbesondere L Trautmann WUW 1976, 285, 286; vgl. auch H. Maiberg ET 1960/61, 207, 209 f.
- 2) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 26 Rdn. 4; vgl. im einzelnen J. Schweer, "Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang" S. 46 - 79.

Für diesen Kreis von Adressaten spricht § 26 Abs. 2 GWB ein Diskriminierungsverbot aus. Diskriminierende Maßnahme kann die unbillige Behinderung und auch die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung sein, wobei letztere für den Vergleich mit der Meistbegünstigungsklausel interessant ist ¹⁾.

Des weiteren ist auch der Kreis derjenigen, auf die sich der Schutz vor Diskriminierungen erstreckt, eingeengt. Diskriminierend ist nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Diese liegt nur vor bei Ungleichbehandlungen gleichartiger Unternehmen, soweit es hierfür keinen sachlich gerechtfertigten Grund gibt.

Über die Auslegung des Begriffes "Gleichartigkeit" besteht keine einheitliche Meinung, weil der Begriff für sich über die Kriterien für die Gleichartigkeit nichts aussagt. Rechtsprechung und Literatur haben daher hauptsächlich auf äußere Kriterien abgestellt. In der Hauptsache sind die unternehmerische Tätigkeit und die wirtschaftliche Funktion des zu vergleichenden Unternehmens im Verhältnis zum Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB sowie die Gleichartigkeit der Ware oder gewerblichen Leistung, wegen derer die Ungleichbehandlung erfolgt, maßgebend ²⁾. Ein anderer Ansatzpunkt

1) Ausführlich zum Diskriminierungsbegriff und seinen Ausprägungen G. Skiba, "Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik" S. 3.

2) Vgl. im einzelnen den Überblick bei W. Benisch in GK 3. Aufl. § 26 Rdn. 19; siehe auch BGH WUW/E BGH 678 - "Uhrenoptiker" - u. BKartA WUW/E BKartA 1045.

ist die Interessenidentität am Bezug der jeweiligen Ware ¹⁾. An diesen Darlegungen ist zu erkennen, daß der Begriff der Gleichartigkeit ziemlich allgemein und dehnbar bestimmt wird. Das hat dazu geführt, daß sich, nach Branchen- und Unternehmensfunktionen getrennt, eine Einzelfallsrechtsprechung entwickelt hat ²⁾.

Die weitere Eingrenzung der Gleichartigkeit erfolgt durch das Merkmal des "sachlich gerechtfertigten Grundes" ³⁾. Für die Feststellung der

-
- 1) H.-R. Ebel "Das Diskriminierungsverbot bei Stromlieferungen," NJW 1976, 700, 701;
ders., "Gleichartigkeit von Unternehmen im Rahmen des Diskriminierungsverbotes des § 26 Abs. 2 GWB", DB 1977, 1781 unter Berufung auf BGHZ 52, S. 65, 70.
 - 2) Überblick bei W. Benisch in GK 3. Aufl. § 26 Abs. 2 Rdn. 20-25 und A. Sprengler, "Diskriminierungstatbestand in der Rechtsprechung des BGH und in der Amtspraxis des BKartA", WUW 1963, 3.
 - 3) Anschaulich bezeichnet P. Salje das System des § 26 Abs. 2 GWB als eine Art sich mehr und mehr verengendes Filtersystem; vgl. P. Salje "Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen", S. 43.
Auf den von ihm behandelten Streit über die genaue Auslegung des Begriffs "Gleichartigkeit" braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Rechtfertigung wird eine Abwägung der Interessen des Diskriminierenden einerseits und des Diskriminierten andererseits vorgenommen¹⁾.

Auf seiten des Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB sind kaufmännisch vernünftige Gesichtspunkte besonders zu berücksichtigen²⁾. Die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung entspricht dem Gedanken, daß der Normadressat des § 26 Abs. 2 GWB nicht schlechter gestellt sein soll als andere, die am Wettbewerb teilnehmen³⁾.

1) So die ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. zuletzt BGH v. 12.5.1976, WUW/E BGH 1224 sowie die Nachweise bei Langen-Niederleithinger-Schmidt § 26 Rdn. 141; ebenso P. Ulmer ZHR 130 (1968) 164, 190; W. Fikentscher, "Das Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", WUW 1958, S. 257, 266; Müller-Giessler § 26 Rdn. 44; W. Benisch in GK, 3. Aufl., 9. Lieferung § 26 Abs. 2 Rdn. 35 im Gegensatz zu 4. Lieferung § 26 Abs. 2 Rdn. 41.

2) W. Benisch in GK a.a.O.; a.A. Frankfurter Kommentar § 26 TZ 75

u. Ludwig-Cordt-Stech, "Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung", S. 204 c zu § 26 Abs. 2 GWB, für die der kaufmännisch vernünftige Gesichtspunkt der einzige zulässige Anhaltspunkt für die Feststellung der Rechtfertigung ist.

3) Entspr. W. Benisch a.a.O.

In erster Linie können sachlich gerechtfertigte Gründe für die Ungleichbehandlung wirtschaftlicher Natur sein, z.B. Unterschiede in der Abnahmemenge und den Transportwegen, die Preiskalkulation in Form von Mengenrabatten oder Transportkostenzulagen beeinflussen¹⁾. Aber auch Unterschiede in der Person der Ungleichbehandelten können die Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen²⁾. So wäre es sicher ein schutzwürdiger Grund für eine Ungleichbehandlung, wenn ein Normadressat des § 26 Abs. 2 GWB neuen Abnehmern günstigere Preise und Bedingungen gewährt als anderen Abnehmern. Da der Normadressat des § 26 Abs. 2 GWB ein schützenswertes Interesse an der Expansion hat, muß es ihm möglich sein, auf diese Weise neue Kunden anzulocken³⁾. Gleiches gilt für den Fall, daß ein Abnehmer oder Anbieter des Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB in Liquiditätsschwierigkeiten gerät und der Lieferer als Adressat des Diskriminierungsverbotes dieses durch Preisnachlässe, Stundungen oder sonstige Vergünstigungen zu verhindern sucht, die er anderen nicht gewährt. Dem Lieferer ist in diesem Fall ein schutzwürdiges Interesse am Erhalt seines Kundenstammes zuzubilligen⁴⁾.

1) J. Ebel, NJW 1976, 700, 702 ff.;
auch A. Spengler WUV 1963, 12 ff.

2) BGH WUV/E BGH 1425;
Langen-Niederleithinger-Schmidt
§ 26 Rdn. 143 m.w.N.

3) Ludwig-Cordt-Stech, "Elektrizitäts-, Gas-
und Wasserversorgung", S. 204 c, d.

4) Ludwig-Cordt-Stech a.a.O.

Rechtsfolge einer unzulässigen Diskriminierung ist, da § 26 Abs. 2 GWB ein Schutzgesetz im Sinne des § 35 GWB ist, daß dem Diskriminierten ein Anspruch auf Schadensersatz und Unterlassung aus §§ 35 GWB, 823 BGB zusteht¹⁾. Das führt für den Normadressaten zu einem Kontrahierungszwang²⁾. Dieser hat allerdings verschiedene Ausprägungen. Liegt die Diskriminierung z.B. darin, daß der Diskriminierende mit dem Diskriminierten keinen Vertrag abschließt bzw. ihn zur Benutzung seiner Einrichtungen nicht zuläßt, verengt sich also die Möglichkeit zur Beseitigung der Diskriminierung auf eine Ja-Nein-Entscheidung, so bleibt dem Diskriminierenden nur, den Vertrag abzuschließen³⁾.

-
- 1) Langen-Niederleithinger-Schmidt (§ 26 Rdn. 157; W. Seebauer, "Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes in § 26 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen", S. 75 ff.
 - 2) Vgl. die Untersuchung von J. Schweer, "Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang" (Dissertation). Auch W. Kartte, "Vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren und das Diskriminierungsverbot", WUW 1962, 241, 244; im Ergebnis auch Müller-Giessler § 26 Rdn. 50. W. Kahrs, "Zivilrechtliche Ansprüche aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes", S. 171, nimmt nur einen "faktischen" Kontrahierungszwang an.
 - 3) BGH WUW/E BGH 448 "Gummistrümpfe"; WUW/E BGH 617 "Werkmilchabzug"; WUW/E BGH 676/677 "Uhrenoptiker"; WUW/E BGH 1395 "Rossignol"; ebenso W. Fikentscher WUW 1958, 257, 265; Müller-Giessler § 26 Rdn. 50; W. Benisch in GK 3. Aufl., 9. Lieferung § 26 Abs. 2 Rdn. 40.

Entsprechend eng sind folglich auch die Differenzierungsmöglichkeiten nach den Merkmalen "Gleichartigkeit" und "sachlich gerechtfertigter Grund".

Erfolgt die Diskriminierung hingegen durch Differenzierungen in der Vertragsgestaltung, und dieser Fall ist für die Meistbegünstigungsklausel interessant, weil sie auf diese bei Preis- und Konditionengestaltung Einfluß nimmt, so hat der Normadressat des § 26 Abs. 2 GWB zwei Möglichkeiten die Diskriminierung zu beseitigen: Er kann die Preise und Bedingungen des oder der Schlechtergestellten an die der Begünstigten anpassen, ihnen also die gleichen Vergünstigungen zukommen lassen; er kann aber auch die Vergünstigung der Bessergestellten aufheben. Die Gleichbehandlung seiner Vertragspartner ist in jedem Falle sichergestellt. Der Schadensersatzanspruch bzw. Unterlassungsanspruch aus § 26 Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 35 GWB, 249, 823 BGB betrifft aber nach der Überwiegenden Ansicht von Rechtsprechung und Literatur nur diese.

Einig ist man sich, daß § 26 Abs. 2 GWB in Verbindung mit §§ 35 GWB, 249, 823 BGB keinen Anspruch auf eine bestimmte Maßnahme gibt. Auf seiten des Normadressaten von § 26 Abs. 2 GWB liegt vielmehr eine Wahlschuld vor¹⁾. Der Lieferer

1) So insbesondere F. Kracht, "Das Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", NJW 1960, 1229, 1234; W. Fikentscher WUV 1958, 257, 265; ders. "Aus der Rechtsprechung zur wettbewerblichen Diskriminierung" DB 1960, 227, 228, wo er darstellt, daß der Kontrahierungszwang auch die Vertragsgestaltung erfassen kann.

kann danach seiner Pflicht aus § 249 BGB auf zwei verschiedene Arten nachkommen; sowohl durch Preissenkung gegenüber dem Diskriminierten als auch durch Preiserhöhung gegenüber dem Bessergestellten, wobei außer acht zu bleiben hat, ob diese Preiserhöhung gegenüber Dritten dem Diskriminierenden wegen seiner vertraglichen Bindungen das Interesse des Diskriminierten an der Gleichstellung mit den Dritten gewährt.

Zu überlegen ist lediglich, ob sich diese Wahlschuld unter Umständen im Einzelfall zu einem konkreten Preisanpassungsanspruch verdichten kann. Überwiegend wird davon ausgegangen, daß das dann der Fall ist, wenn die Diskriminierung speziell in der Schlechterstellung des Diskriminierten liegt, wenn der Normadressat dem Diskriminierten schlechtere Preise gewährt als der Masse seiner anderen Abnehmer. Dann hat sich der Tarifabnehmer sozusagen auf einen Tarif festgelegt und sein "Ermessen" ist durch "Selbstbindung" an die Preisanpassung gebunden ¹⁾. Begünstigt er hingegen einzelne gegenüber der Masse seiner Abnehmer, indem er von diesen einen günstigeren Preis verlangt, so liegt darin zwar eine Diskriminierung der anderen Abnehmer, ein entsprechender Anpassungs-

1) Wie an der Begriffsverwendung zu sehen, ist diese Situation der der Selbstbindung der Verwaltung nicht unähnlich.
Vgl. F. Kracht u. W. Fikentscher a.a.O.

anspruch ergibt sich jedoch nicht ¹⁾. Die Gegenansicht will auch bei "Normabweichungen" zu Lasten des Diskriminierten keinen Anspruch auf Preisanpassung gewähren ²⁾.

- 1) Sowohl W. Fikentsche a.a.O., der das Meistbegünstigungsprinzip für § 26 Abs. 2 GWB ablehnt; ebenso Ludwig-Cordt-Stech, § 26 Abs. 2. S. 204 c mit abweichender Begründung. Sie halten eine Besserstellung einzelner nicht für eine Diskriminierung. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, da auch eine Ungleichbehandlung durch Besserstellung zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann; H.M., vgl. W. Benisch in GK 3. Aufl. 4. Lieferung § 26 Abs. 2 Rdn. 38. Allenfalls kann bei Besserstellung einzelner die Vermutung eines sachlich gerechtfertigten Grundes naheliegen; im Ergebnis so W. Fikentsche WUV 1958, 257, 265; Müller-Giessler (1978) § Rdn. 80.
- 2) So im Ergebnis wohl W. Kahrs, "Zivilrechtliche Ansprüche aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes", S 171 f., S. 190 f, der nur einen "faktischen Kontrahierungszwang" anerkennt und daher Ansprüche auf Gewährung der Begünstigung leugnet. Folglich kann es eine "Normenfestlegung" für ihn nicht geben. Vgl. auch Müller-Giessler § 26 Rdn. 50.

Welcher Ansicht letztendlich zuzustimmen ist, kann dahingestellt bleiben, denn bei der hier interessierenden Frage nach dem Umfang des Schadenersatzanspruches gem. § 249 BGB besteht Einigkeit, daß es über den generellen Gleichstellungsanspruch hinausgehende spezielle Anpassungsansprüche nicht gibt.

Diese Darlegungen zeigen, daß auch den Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB ein weitgehender Spielraum in der Differenzierung und in den Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung zuerkannt wird.

b) Vergleich mit der Meistbegünstigungsklausel

Ein Vergleich dieser Kriterien mit der Meistbegünstigungsklausel und ihren einzelnen Ausprägungen ergibt, daß Meistbegünstigungsklauseln durchaus nicht deklaratorisch sind, weder als unbedingte noch als leistungsbedingte Klauseln, sondern daß sie das Gleichbehandlungsinteresse des Klauselverwender überkompensieren und ihm somit bedeutend mehr Rechte geben, als sie einem Diskriminierten gem. §§ 26 Abs. 2, 35 GWB i.V.m. §§ 823, 249 BGB zustehen ¹⁾.

aa) Vergleich mit den Klauselarten

Mit dem in der Rechtsfolge des § 26 Abs. 2 GWB zum Ausdruck kommenden Grundsatz, daß der Diskriminierende in der Wahl der Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung frei sein soll, weshalb dem Diskriminierten nur eine Wahlschuld zusteht, nimmt allenfalls die "Schuhklausel" Überein, also die Klausel, die den Lieferer

1) Im Ergebnis ebenso J. Ruzek in ET 1959/60 S. 41.

verpflichtet, den Vertragspartner nicht schlechter zu stellen als Dritte ¹⁾. Sie läßt dem Lieferer ebenfalls freie Hand darin, wie er seiner Pflicht nachkommt; er kann die Dritten gewährte Begünstigung auch dem Vertragspartner gewähren, er kann die Begünstigung Dritter aber auch unterlassen oder aufheben ²⁾. Insoweit zu behaupten, § 26 Abs. 2 GWB enthalte nicht das Meistbegünstigungsprinzip, ist irreführend und stimmt nur insofern, als man unter dem Prinzip versteht, daß Begünstigungen Dritter immer auch dem Diskriminierten zugute kommen müssen ³⁾.

Die "Blitzgeräteklausel" und die "Metroklausel" hingegen weichen von diesem Grundsatz ab. Die "Blitzgeräteklausel" erlaubt von vornherein kein

1) Zutreffend insoweit H. Maiberg ET 1960/61, 207, 210.

2) Das Argument derer, die behaupten, der Lieferer bleibe in der Gestaltung der Verträge Dritter frei;
vgl. Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371;
L. Trautmann WUV 1976, 285, 286.

3) Vgl. hierzu W. Fikentscher WUV 1958, 257, 265.
P. Salje "Preismißbrauch durch Energieversorgungsunternehmen", S. 49.

Unterschreiten der Grenze des eigenen Preises und schreibt den Preis auf dieser Grenze fest ¹⁾. Die "Metroklausel" Gibt sogar dem Klauselverwender einen konkreten Anpassungsanspruch und geht inso- weit weiter als § 26 Abs. 2 GWB, welcher dem Lie- ferer nur eine Wahlschuld auferlegen würde ²⁾. Somit beschränken beide Klauselarten den Lieferer mehr als § 26 Abs. 2 GWB. Das kann aber nicht zu- lässig sein. Auf keinen Fall kann ein Interesse des Abnehmers daran bejaht werden, sich zur Ver- meidung von Diskriminierungen als den jeweils günstigsten einzustufen, genau das aber geschieht bei "Blitzgeräteklauseln". Aber auch das Zuge- stehen eines Anpassungsanspruches wie bei der "Metroklausel" ist nicht gerechtfertigt. Die gleichen Gründe, die bei § 26 Abs. GWB zur Annahme einer Wahlschuld führen, zeigen, daß das Interesse des

-
- 1) Daß insoweit die Meistbegünstigungsklausel deklaratorisch ist, dürfte von keinem Autor angenommen werden, weil auch die "Befürworter" der Klausel diese Variante als Preisbindung ansehen.
Vgl. nur G. Schwartz in GK 3. Aufl. § 15 Rdn. 14;
ebenso F. Hermanns WUW 1968, 671, 673.
- 2) Zu undifferenziert demgegenüber L. Trautmann WUW 1976, 285, 286 und Löh-Löhr 175, 1370, die diese Probleme nur pauschal behandeln und keinen Unterschied in den Klauselarten machen.

bzw. der Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB an der Aufrechterhaltung einer gewissen Handlungsfreiheit das Interesse des Abnehmers an der Preisanpassung überwiegt.

§ 26 Abs. 2 GWB. geht nämlich davon aus, daß auch die Normadressaten dieser Vorschrift einem gewissen, wenn auch geringerem Wettbewerb ausgesetzt sind und ihr Preis nicht völlig willkürlich ermittelt ist.¹⁾ In der Tat ist ein Unternehmen, von dem andere abhängig sind oder welches marktstark ist, zwar im Wettbewerb erheblich bevorteilt, doch auch dieses braucht einen gewissen Handlungsspielraum, wie ihn § 15 GWB gewährt. Es muß sich also frei die Maßnahme aussuchen können, die für das Unternehmen die wirtschaftlich vernünftige ist. Eine generelle Anpassungspflicht, wie sie die Meistbegünstigungsklausel zum Inhalt hat, wäre für das Unternehmen mit hohen Kosten verbunden und würde daher zu wirtschaftlich untragbaren Folgen führen. Die Wirkung einer solchen Pflicht würde aber noch weiter gehen. Aus Sorge, bei einer Fehlentscheidung über die Zulässigkeit einer Preissenkung die Nachteile der Anpassungspflicht tragen zu müssen, wird sich der Unternehmer veranlaßt sehen, vorsichtshalber - erlaubte - Preissenkungen ganz zu unterlassen. Das aber ist nicht nur nachteilig für die Abnehmer, die ja nur vor einem Mißbrauch geschützt werden sollen²⁾, sondern widerspricht auch dem Sinn des § 26 Abs. 2 G

1) Dieser Schluß ist gerechtfertigt, da nicht nur Monopolisten, sondern auch dem Wettbewerb ausgesetzte Unternehmer z.B. solche, von denen andere - im Einzelfall - abhängig sind, Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB sein können. Mißverständlich insoweit W. Kartte WUV 1962, 241 ff., der von Monopolmißbrauch" spricht.

2) W. Fikentscher DB 1960, 227, 228.

der kaufmännisch vernünftige Entscheidungen des Unternehmens gerade gestattet. Dann ist es aber unzulässig, eine solche Anpassungspflicht vertraglich durch Verwendung einer "Metroklausel" herbeizuführen. Eine solche Klausel beschränkt die Freiheit des Normadressaten von § 26 Abs. 2 GWB über Gebühr.

Als Klauselform wäre gegenüber Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB nur eine Klausel nach Art der "Schuhklausel" zulässig, da nur sie von der Rechtsfolge her deklaratorisch wirkt. Andere Klauselarten sind unzulässig.

bb) Die Differenzierung durch Leistungsbedingtheit

Fest steht aber auch, daß eine mit § 26 Abs. 2 GWB vergleichbare Meistbegünstigungsklausel dem Lieferer die notwendigen Differenzierungsmöglichkeiten gewähren muß. Der durch die Ausgestaltung eines Vertrages Diskriminierte hat, bedingt durch die in § 26 Abs. 2 GWB niedergelegten Differenzierungsmerkmale "Gleichartigkeit" und "sachlich gerechtfertigter Grund" ja nur einen Anspruch auf "relative" Gleichbehandlung, d.h. auf Gleichbehandlung mit gleichen. Eine Klausel, die dem Lieferer diese Differenzierungsmöglichkeiten nicht gibt, geht über den Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB hinaus auf ein allgemeines Diskriminierungsverbot hin, das der deutsche Gesetzgeber gerade vermieden hat, und wäre somit unzulässig.

Daher scheidet die Zulässigkeit einer unbedingten Meistbegünstigungsklausel von vornherein aus, da der Kreis derjenigen Dritten, gegenüber

denen die Meistbegünstigungspflicht eingreift, in keiner Weise beschränkt ist¹⁾.

Aber auch die leistungsbedingte Meistbegünstigungsklausel gibt nicht genügend Differenzierungsmöglichkeiten²⁾. Der einzige diesbezügliche Gesichtspunkt ist die Leistungsbedingtheit, d.h., der einzige zulässige Anhaltspunkt für die Gleichartigkeit bzw. die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ist Art und Umfang der von den Abnehmern jeweils gewährten Gegenleistung. Auch insoweit würde eine Meistbegünstigungsklausel weit über den Umfang des § 26 Abs. 2 GWB hinausgehen, denn auch bei der Leistungsbedingtheit würde der Kreis der Dritten, die zur Bemessung der Begünstigungspflicht herangezogen würden, zu groß. Eine leistungsbedingte Meistbegünstigungsklausel unterstellt die grundsätzliche Gleichartigkeit aller Abnehmer des zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferers, was in dieser globalen Form sicher nicht richtig ist. Zudem erfaßt die Leistungsbedingtheit als sachlich gerechtfertigten Grund die Gegenleistung. Diese ist aber nur einer der Gesichtspunkte, die zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bei § 26 Abs. 2 GWB herangezogen werden können. Dort ist nicht nur das gesamte Leistungsverhältnis zwischen dem Normadressaten und seinen Vertragspartnern ausschlaggebend, sondern sind auch in der Person des Vertragspartners, also außerhalb

1) Zutreffend insoweit Löhr-Löhr BB 1975, 1370.

2) Das übersehen vor allem Löhr-Löhr a.a.O., die die Leistungsbedingtheit als zur Differenzierung genügend ansehen. Ebenso BKartA TB 1966, S. 51.

des Leistungsverhältnisses liegende Differenzierungsgründe zu berücksichtigen¹⁾.

Insgesamt läßt sich daher sagen, daß eine leistungsbedingte Meistbegünstigungsklausel durchaus nicht mit Inhalt und Zielen des § 26 Abs. 2 GWB übereinstimmt, da sie das Gleichbehandlungsinteresse eines potentiell Diskriminierten überkompensiert. Sie ist daher in dieser Ausgestaltung auch gegenüber den Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB unzulässig.

c) Ausgestaltung einer zulässigen Meistbegünstigungsklausel

Zulässig kann eine Meistbegünstigungsklausel gegenüber Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB nur sein, wenn sie sich im Inhalt eng an diese Vorschrift anlehnt. Zulässige Klauselart kann also nur eine Klausel sein, nach der sich der Lieferer dem Klauselverwender gegenüber verpflichtet, diesen nicht schlechter zu stellen als Dritte, also eine "Schuhklausel". Außerdem müßte die Klausel die gleichen oder entsprechenden Differenzierungsmöglichkeiten bieten wie § 26 Abs. 2 GWB mit "Gleichartigkeit" und "sachlich gerechtfertigtem Grund". Es könnte anstelle von "Dritten" von "gleichartigen Abnehmern" gesprochen werden; zweckmäßig wäre es dabei aber, den Kreis der gleichartigen Abnehmer von vornherein näher zu bestimmen, z.B., um bei dem "Metro-Beispiel" zu bleiben, andere SB-Märkte²⁾. Auch das Merkmal

1) Vgl. die Ausführungen zu den Eingriffskriterien des § 26 Abs. 2 GWB.

2) Vgl. das Beispiel bei H. Maiberg ET 1960/61, 207, 210: "andere Gemeinde".

des "sachlich gerechtfertigten Grundes" muß in die Klausel aufgenommen werden. Es könnte wörtlich übernommen oder auch positiv formuliert werden, etwa mit "gleiche Verhältnisse" ¹⁾. Eine zulässige Meistbegünstigungsklausel gegenüber einem Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB könnte daher folgenden Wortlaut haben:

"Der Lieferer verpflichtet sich, den Vertragspartner nicht schlechter zu behandeln als gleichartige Dritte (bzw. Bezeichnung der Dritten), sofern zwischen ihm und diesen die gleichen Verhältnisse bestehen wie zwischen den Vertragsparteien" ²⁾.

Diese Klausel wäre trotz des Diskriminierungsverbotes in § 26 Abs. 2 GWB auch sinnvoll. Während nämlich letzteres einen Anspruch erst gewährt, wenn bereits diskriminiert wurde, würde die Klausel einer Diskriminierung vorbeugen und diese vermeiden.

3) Die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel gegenüber Monopolisten

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich, auch soweit § 26 Abs. 2 GWB betroffen ist, auf Situationen, in denen die Handlungsfreiheit des Lieferers schützenswert ist. Es fragt sich aber, ob das bei Monopolisten, die keinem Wettbewerb ausgesetzt sind, nicht anders zu beurteilen ist. Zunächst könnte ihnen gegenüber der Differenzierungsspielraum zwischen den Abnehmern beschränkbar sein; aber auch eine andere Klauselart könnte

1) Ebenso H. Maiberg a.a.O.

2) Beispiel nach H. Maiberg a.a.O.; Unzutreffend demgegenüber J. Ruzek in ET 1959/60 S. 41, der nur generell von Meistbegünstigungsklauseln spricht.

zulässig sein. Zwar scheidet auch hier die Zulässigkeit einer "Blitzgeräteklausel" aus, weil diese eine Untergrenze der Abnehmer es dem Monopolisten möglich sein muß, die Preise und Bedingungen auch zu senken. Es fragt sich aber, ob gegenüber dem Monopolisten ein schutzwürdiges Interesse der Abnehmer nicht nur an der Gleichbehandlung, sondern auch an der Preisanpassung, also der Mitteilung einer Begünstigung an alle, besteht. Insofern könnte eine "Metroklausel" mit ihrer generellen Preisanpassungspflicht für den zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferer gegenüber den Monopolisten zulässig sein.

a) Die Kalkulation des Monopolisten

Der Monopolist unterscheidet sich vom marktstarken Unternehmen hauptsächlich bezüglich des Wettbewerbs. Der marktstarke Lieferer, der, wenn auch vermindert, dem Wettbewerb ausgesetzt ist, kalkuliert bei der Mehrzahl seiner Abnehmer mit vom Wettbewerb bestimmten Preisen. Er diskriminiert daher häufig nur dadurch, daß er einzelne Abnehmer begünstigt und den dadurch entstehenden Verlust durch höhere Preise bei den anderen Abnehmern ausgleicht. Daher braucht er auch die Freiheit, die erforderlich ist, um wettbewerbsmäßig notwendige Maßnahmen zu ergreifen.

Der Monopolist kalkuliert dagegen anders¹⁾.

1) Zum Monopolbegriff vgl. die Ausführungen bei F. Kirschstein "Marktmacht und ihre Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", S. 23 - 26, unter Berufung auf W. Eucken, "Die Grundlagen der Nationalökonomie", S. 97 ff.

Sein Produkt ist einzigartig, was für die Abnehmer einen starken Grad von Abhängigkeit mit sich bringt. Wettbewerb entsteht nur, wenn das betreffende Erzeugnis substituierbar ist, wobei zu berücksichtigen ist, daß der Monopolist aufgrund seiner Präferenzen gegenüber Substitutionsgütern einen wettbewerblichen Vorteil genießt¹⁾. Aus diesem Grunde stellt beim Monopolisten die Preisuntergrenze die Kosten- grenze dar; die Preisobergrenze ist erreicht, wenn die Abnehmer zum Produzenten von Substitutionsgütern abwandern, zu sparen beginnen oder ganz verzichten müssen, da die Kosten für sie so hoch werden, daß sie auf das Produkt verzichten müssen und untergehen oder sie innovativ tätig werden, d.h. zur Eigenentwicklung und/oder Eigenproduktion übergehen²⁾. Zwischen diesen Grenzen hat der Monopolist weitgehende Handlungsfreiheit³⁾.

1) Sogen. Substitutionswettbewerb, H. Arndt, "Markt und Macht", S. 116, 119 ff. Zu Recht weist Arndt darauf hin, daß es ein absolutes Monopol letztendlich nicht gibt, weil es möglich ist, Kunden an andere Märkte zu verlieren. Substitution soll hier aber so verstanden werden, daß es sich um vergleichbare Güter handelt. Zu den Präferenzen G. Schöppe, "Rückgang des mengenmäßigen Marktanteils als Indiz für das Nichtvorliegen einer überragenden Marktstellung", DB 1977, 385, 386.

2) W. Arndt "Markt und Macht", S. 119.

3) Vgl. auch G. Schöppe a.a.O.

Ist die Substitutionsgrenze niedrig, so ist der Kalkulationsspielraum gering, und die Situation in diesem sogen. "monopolistischen Wettbewerb" entspricht der im "normalen" Wettbewerb¹⁾.

Anders verhält es sich jedoch, wenn das Erzeugnis des Monopolisten nicht oder nur schwer substituierbar ist. Ist das Gut nicht substituierbar, so liegt die Preisobergrenze besonders hoch, weil diese erst erreicht ist, wenn der Abnehmer zu sparen beginnt oder ganz aus dem Abnahmekreis ausscheidet. Ist es nur schwer substituierbar, so gilt das gleiche. Ein Erzeugnis ist dann nur schwer substituierbar, wenn eine Substitution durch Ausweichen auf andere Produkte oder Neuentwicklung bzw. Eigenproduktion möglich ist, die Umstellungskosten bzw. Innovationskosten aber extrem hoch sind. Diese Kosten bilden die Schranke, die den Abnehmer davon abhält, abzuwandern und überhöhte Preise des Monopolisten als das kleinere Übel hinzunehmen²⁾. Auch in diesem Fall ist die Preisobergrenze sehr hoch anzusetzen. In beiden Fällen hat der Monopolist einen sehr weiten, vom Wettbewerb nicht beeinflussten Spielraum. Während bei voller Substitutionsmöglichkeit von einem vom Wettbewerb bestimmten Preis gesprochen werden kann, wird der Preis bei fehlender oder stark erschwelter Substitutionsmöglichkeit nicht vom Wettbewerb, sondern gewissermaßen von der Willkür des Monopolisten bestimmt. Sachliche Faktoren für die

1) W. Arndt a.a.O.

2) Entspr. W. Klemp DB 1977, 1301, 1302; er bezeichnet Lizenzgeber als natürliche Monopolisten, so daß seine Ausführungen auch hier verwendbar sind.

Differenzierung sind lediglich leistungsbezogene Merkmale wie Abnahmecharakteristika und -Wege, sowie die individuell gegenüber dem jeweiligen Abnehmer entstehenden Kosten.

b) Folgerungen für den Differenzierungsspielraum
gem. § 26 Abs. 2 GWB und der Meistbegünstigungs-
klausel

Die Folge dieser Kalkulationsfreiheit ist, daß sich der Differenzierungsspielraum im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB für den Monopolisten einschränken muß, denn der Monopolist unterliegt aufgrund seiner Monopolstellung einer weitaus stärkeren Verantwortung gegenüber dem Abnehmer als der nur marktstarke Lieferer. Er muß sich daher strengere Anforderungen an die Beurteilung seiner differenzierenden Maßnahmen gefallen lassen¹⁾. Im einzelnen bedeutet das, daß er, anders als die anderen Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB, nicht Ungleiches gleich behandeln darf, sondern Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln muß²⁾. Außerdem verengt sich der Rahmen der rechtfertigenden Gründe für eine Differenzierung. Der Anbieter soll alles tun können, was kaufmännisch vernünftig ist; die Zahl der kaufmännisch vernünftigen Maßnahmen ist beim normalen Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB groß, weil sein Preis in der Mehrzahl der Fälle vom Wettbewerb bestimmt ist und er deshalb auch wettbewerblich notwendige Maßnahmen ergreifen können m

-
- 1) P. Salje, "Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen", S. 49.
 - 2) Auch der BGH hat für vergleichbare Fälle anerkannt, daß Art. 3 Abs. 1 GG neben § 26 Abs. 1 GWB anwendbar ist; vgl. BGH NJW 1976, S. 709, 710; ebenso P. Salje a.a.O.

Beim Monopolisten fällt dieses Argument aber weg, weil sein Preis, wie oben aufgezeigt, gerade nicht vom Wettbewerb bestimmt wird¹⁾. Somit bleiben als sachlich rechtfertigende Gründe für die Differenzierung nur der Fall der leistungsbezogenen Merkmale, also z.B. der Abnahmecharakteristika, und die Kosten²⁾. Einziger nicht leistungsbezogener Rechtfertigungsgrund bleibt der Fall, daß vom Monopolisten ein notleidender Abnehmer durch Preisnachlaß unterstützt wird, denn auch für einen Monopolisten ist es unzumutbar, den Verlust eines Kunden hinzunehmen.

Beschränken sich dergestalt die rechtfertigenden Gründe, so erscheint es bei der Meistbegünstigungsklausel möglich, auf "gleiche Leistungsverhältnisse" abzustellen. Der einzige nicht leistungsbezogene Aspekt der Differenzierung, nämlich die Unterstützung des notleidenden Abnehmers könnte als Ausnahme in die Klausel aufgenommen werden. Die Klausel würde dann evtl. so aussehen: "Der Lieferer gewährt dem Vertragspartner die Meistbegünstigung bzgl. der anderen Abnehmer, soweit diese gleichartig sind (möglich wäre auch die konkrete Bestimmung der betroffenen Dritten) und zwischen ihnen und dem Lieferer gleiche Leistungsverhältnisse bestehen, es sei denn, die Begünstigung eines Dritten erfolgt, weil dieser der Unterstützung bedarf".

-
- 1) P. Salje "Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen", S. 49, 50.
 - 2) P. Salje a.a.O. S. 52, 53;
auch H. Schwaiger, "Zum Abschlußzwang des Leitungsinhabers in der Energiewirtschaft", WUW 1968, S. 425 (432);
H.-R. Ebel NJW 1976, 700, 701, 702 ff.
für Energieversorger.

c) Folgerungen für die Klauselart

Da der Preis der Monopolisten nicht vom Wettbewerb bestimmt ist, ergibt sich außerdem, daß sich die Interessenlage hinsichtlich der Anpassungspflicht, die von § 26 Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 35 GWB, 249 BGB nicht gewährt wird, ändert. Das Interesse des Diskriminierten an der Anpassung überwiegt hier deshalb, weil der Monopolist nicht am Wettbewerb teilnimmt und, anders als die übrigen Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB, daher keine diesbezüglichen schutzwürdigen Interessen an der Erhaltung seiner Entscheidungsfreiheit für die Maßnahme zum Ausgleich der Ungleichbehandlung hat.

Auf Grund seiner Kalkulationsweise gibt es für den Monopolisten praktisch nur drei Möglichkeiten, wie er diskriminierend handeln kann.

Zum einen ist es denkbar, daß der Monopolist eine Kostensenkung erfahren hat, die er durch Preissenkung an einige seiner Abnehmer weitergibt, an andere, gleichartige Abnehmer bei gleichen Leistungsverhältnissen aber nicht. Auf Grund des strengen Gleichbehandlungsprinzips liegt in diesem Handeln des Monopolisten eine Diskriminierung zu Lasten der anderen Abnehmer. Ist die Kostensenkung der Grund für die Preissenkung, so besteht nicht nur Interesse an der Gleichbehandlung, sondern dann haben alle Abnehmer ein Interesse daran, an dem Vorteil der Kostensenkung teilzunehmen. Das bedeutet, daß sie berechtigt sein müssen, dieses Interesse vorab bei Vertragsschluß zu sichern, das können sie durch die Meistbegünstigungsklausel soweit sie eine Anpassungspflicht enthält, also mit einer "Metroklausel" ¹⁾.

1) Dem Gedanken nach entspr. W. Klemp DB 1977 1301, 1302; seinen Ausführungen entsprechend soll der Monopolist immer dann zur Meistbegünstigung verpflichtet werden dürfen, wenn er seine "Norm" senkt.

Noch deutlicher ist der zweite Fall, wenn sich nämlich der Monopolist zu einer Preissenkung veranlaßt sieht, weil sich die Preisobergrenze gesenkt hat, es also zu verstärkten Abwanderungen komm, oder ein zunächst nicht vorhandenes Substitutionsgut auf dem Markt erscheint. Während sich neue Kunden dieses zunutze machen können, um einen niedrigeren Preis zu erhalten, können diejenigen Abnehmer, die bereits langfristig gebunden waren, als der Monopolist noch einen höheren Preis durchsetzen konnte, an dieser Preissenkung nicht teilnehmen. Diese Abnehmer hätten ein schutzwürdiges Interesse daran, daß auch sie an der Preissenkung teilnehmen, da sie unter der verstärkten Monopolsituation keinen niedrigeren Preis durchsetzen konnten. Nur eine bei Vertragsschluß vereinbarte Meistbegünstigungsklausel nach Art der "Metroklausel" kann die Interessen dieser Abnehmer wahren, so daß sie die Nachteile des Monopols später, wenn die Monopolstellung sich schwächt, ausgleichen können ¹⁾.

Zum dritten ist auch denkbar, daß der Monopolist aus reiner Willkür durch Preissenkung gegenüber einigen seiner Abnehmer die Übrigen diskriminiert. Auch in diesem Falle bedarf er nicht des Schutzes vor einer Anpassungspflicht durch eine Meistbegünstigungsklausel. Der Grund für die Ablehnung einer vertraglich gewährten Anpassungspflicht durch Meistbegünstigungsklauseln war schließlich, dem Normadressaten seine im Wettbewerb erforderliche Bewegungsfreiheit zu erhalten, da auch er vom Wettbewerb, wenn auch nicht so sehr

1) So ausdrücklich W. Klemp DB 1977, 1301, 1302 für den von ihm als Monopolisten angesehenen Lizenzgeber.

wie andere Unternehmen, beeinflußt wird und "Fehler" in der Beurteilung der Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen bei einer Preisanpassungspflicht so verheerend sein könnten, daß er von wettbewerblich und kaufmännisch vernünftigen Differenzierungen abgehalten werden könnte ¹⁾. Dieser Gedanke paßt hier aber nicht, weil der Monopolist, dessen Erzeugnis nicht oder nur unter extrem hohen Kosten substituierbar ist, nicht dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Bezüglich der Folgen eventuelle "Fehler" braucht daher auf den Monopolisten keine Rücksicht genommen zu werden. Andererseits ist aber in Bezug auf die Interessenslage der Abnehmer darauf hinzuweisen, daß der Monopolist außer in dem vorgenannten Fall der Senkung der Preisobergrenze nicht gezwungen ist, seinen Preis zu senken. Das führt zu starren Preisfronten gegenüber den Abnehmern. Nur eine Anpassungspflicht, wie sie die Meistbegünstigungsklausel nach Muster der "Metroklausel" enthält, kann zu einer Durchbrechung der Preisfront führen und den Monopolisten dazu bringen, einmal vorgenommene Preissenkungen allen vergleichbaren Abnehmern zuteil werden zu lassen ²⁾.

Wird auch in diesen Fällen ein berechtigtes Interesse an der Anpassungspflicht des Monopolisten bejaht, so wird dieses durch die §§ 26, 35 GWB, 249 BGB nicht berücksichtigt, denn das sich, wie

1) Vgl. die Ausführungen zu § 26 Abs. 2 GWB.

2) So. W. Klemp DB 1977, 1301, 1303;
Auf diese Weise wird der Nachteil, daß die Abnehmer eines Monopolisten die Preise nicht frei aushandeln können, ausgeglichen.

zumindest die herrschende Meinung es in einigen Fällen annimmt, das Ermessen des Monopolisten bei der Wahlschuld auf die Anpassung reduziert, kann bei den drei oben genannten Fällen nicht gesagt werden, da sich der Normtarif des Monopolisten nicht ändert ¹⁾. Ausnahmsweise bestehen aber keiner schutzwürdigen Interesssen des Monopolisten, die er erfordern, ihn vor einer vertraglichen Einschränkung seiner ihm im Rahmen der §§ 26, 35 GWB, 249 BGB zugestandenen Entscheidungsfreiheit zu bewahren. Somit muß es in diesem Falle zulässig sein, eine Anpassungspflicht vertraglich zu vereinbaren, also in den Vertrag mit dem Lieferer sofern er im angegebenen Sinne Monopolist ist, eine Meistbegünstigungsklausel nach Muster der "Metroklausel" aufzunehmen.

2. Teilergebnis

Als zweites Teilergebnis kann somit zusammenfassend festgehalten werden:

Eine Ausnahme von der Unzulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel gem. § 15 GWB kann gegenüber Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB gegeben sein. Gegenüber diesen ist die Meistbegünstigungsklausel zulässig, soweit sie die Freiheit des zur Meistbegünstigung Verpflichteten nicht weiter einschränkt als das § 26 Abs. 2 GWB tun würde. Zulässig sind demnach Klauseln folgenden Inhalts:

"Der Lieferer verpflichtet sich, dem Vertragspartner keine schlechteren Preise oder Bedingungen zu gewähren als gleichartigen Dritten (bzw. nähere Bezeichnung des Dritten (bzw. nähere Bezeichnung des Dritten), soweit zwischen den Vertragsparteien die gleichen Lieferverhältnisse

1) Vgl. W. Fikentscher WUV 1958, 257, 265
u. F. Kracht NJW 1960, 1229, 1234.

bestehen wie zwischen dem Lieferer und den Dritten".

Ebenfalls möglich wäre eine Klausel des Inhalts: "... als gleichartigen Dritten, es sei denn, daß ein rechtfertigender Grund für die Schlechterstellung gegenüber den Dritten besteht".

Unzulässig sind demgegenüber Klauseln nach Art der "Blitzgeräte"- bzw. "Metroklausel sowie leistungsbedingte Klauseln, da sie die Freiheit des Normadressaten von § 26 Abs. 2 GWB weiter einschränken würden als § 26 Abs. 2 GWB.

Gegenüber Monopolisten, die ein nicht oder nur unter hohen Kosten substituierbares Erzeugnis liefern, sind auch Meistbegünstigungsklauseln zulässig, die auf das Leistungsverhältnis Bezug nehmen und eine vertragliche Anpassungspflicht enthalten. Eine entsprechende Klausel könnte wie folgt lauten:

"Der Lieferer verpflichtet sich, dem Vertragspartner die gleichen Preise und Bedingungen zu gewähren wie dem jeweils günstigsten gleichartigen Dritten, soweit zwischen den Vertragsparteien die gleichen Leistungsverhältnisse vorliegen wie zwischen dem Lieferer und dem Dritten und die Besserstellung des Dritten nicht erfolgt, um diesen im Falle mangelnder Liquidität zu unterstützen".

Eine "Blitzgeräteklausel" sowie leistungsbedingte Meistbegünstigungsklauseln sind auch in diesem Falle unzulässig.

Teil C: Die Zulässigkeit der Meistbegünstigungs-
klausel für leistungsgebundene Energie-
versorger

Nachdem somit feststeht, wann und in welcher Form die Meistbegünstigungsklausel zulässig ist, ist nunmehr zu überprüfen, ob und inwieweit diese Grundsätze auf leistungsgebundene Energieversorgungsunternehmen anzuwenden sind.

Meistbegünstigungsklauseln sind auch häufiger Bestandteil von Verträgen, an denen Energieversorgungsunternehmen beteiligt sind. Unterschieden werden können dabei :

Lieferverträge zwischen Energieversorgungsunternehmen, die leistungsgebundene Energie liefern, auf gleicher Stufe;

Lieferverträge zwischen leistungsgebundenen Energieversorgern und Weiterleitungsunternehmen;

Lieferverträge bzgl. Primärenergie zwischen Lieferanten leistungsunabhängiger Primärenergie;

Lieferverträge zwischen leistungsgebundenen Energieversorgern und Tarifabnehmern;

Lieferverträge mit Sonderabnehmern.

Gerade in der Energiewirtschaft, in der langfristige Versorgungs- und somit Lieferverträge die Regel darstellen, besteht für die Belieferten ein Interesse, an Preissenkungen der Lieferer teilzunehmen.

I. Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel
in den Ausnahmebereichen des § 103 Abs. 1 GWB

Bevor allerdings die Frage gestellt wird, ob die in Teil B entwickelten Grundsätze auf Versorgungsunternehmen, die leistungsgebundenen Energie liefern,

anwenbar sind, ist zu prüfen, ob sich speziell für diese nicht eine weitere Ausnahme von der Anwendbarkeit ergibt. Die Besonderheit bei kartellrechtlich relevanten Verträgen der leitungsgebundenen Energieversorger ergibt sich aus § 103 Abs. 1 Nr. 1 - 4 GWB. Nach dieser Vorschrift sind bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verträge leitungsgebundener Energieversorger von den Verboten der §§ 1, 15 und 18 GWB freigestellt, soweit sie die Versorgung mit Strom, Gas oder Wasser betreffen ¹⁾. Das bedeutet, daß, wenn sich die Meistbegünstigungsklausel unter einen der Tatbestände des § 103 Abs. 1 Nr. 1 - 4 GWB einordnen ließe, so daß die Freistellung eingreift, § 15 GWB nicht anwendbar und die Klausel damit zulässig wäre.

1) Die einzelnen Freistellungstatbestände

Der § 103 Abs. 1 Nr. 1 - 4 GWB enthält vier Freistellungstatbestände: Demarkationsverträge, Konzessionsverträge, Höchstpreisabreden und Verbundverträge. Im folgenden sollen diese Tatbestände kurz erläutert werden.

a) Demarkationsabreden

Bei den sogenannten Demarkationsabreden gem. § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB handelt es sich um Gebietschutzverträge zwischen Unternehmen der leitungsgebundenen Energieversorgung, durch die die Versorgungsunternehmen ihre Versorgungsgebiete gegeneinander abgrenzen ²⁾. Dadurch wird sichergestellt,

1) H. Fischerhof "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Energiewirtschaft", BB 1958, 135.

2) Entspr. R. Lukes "Preisvergleich und Strukturvergleich bei der Mißbrauchsaufsicht nach §§ 103, 104 GWB" S. 5.

daß derjenige, der ein Gebiet für sich beansprucht, in diesem keinen Wettbewerb eines anderen zu fürchten braucht, und ihm daher ein fester Abnehmerkreis sicher ist ¹⁾. Solche Demarkationsverträge können selbständig geschlossen werden - man spricht dann von selbständiger Demarkation -, sie können aber auch als Bestandteil eines anderen Vertrages, z. B. eines Liefervertrages vereinbart werden, wobei dem belieferten Energieversorgungsunternehmen (EVU) sein Gebiet garantiert wird, sich der Lieferer also verpflichtet, nicht seinerseits direkt in das Gebiet des Belieferten zu liefern oder wenn sich das belieferte EVU verpflichtet, keine vom Lieferanten bezogene Energie in das Gebiet des Lieferers zu liefern. Dabei handelt es sich um die sogenannte unselbständige Demarkation ²⁾.

Zu unterscheiden sind auch die unmittelbare und die mittelbare Demarkation. Von unmittelbarer Demarkation spricht man, wenn der Gebietsschutz alle potentiellen Abnehmer in einem bestimmten Gebiet umfaßt, von mittelbarer Demarkation, wenn vom Gebietsschutz nur die Weiterverteilungsunternehmen, nicht aber die Tarif- und Sonderabnehmer

1) Entspr. R. Lukes a.a.O. S. 8.

2) Man spricht auch von vertikaler (=selbständiger) und horizontaler (=unselbständiger) Demarkation, vgl. R. Lukes a.a.O. S. 5;
H.-U. Evers "Das Recht der Energieversorgung" S. 153.

erfaßt sind, wobei streitig ist, ob die rein mittelbare Demarkation zulässig ist ¹⁾).

b) Konzessionsverträge

Freigestellt sind ebenfalls gem. § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB sogenannte Konzessionsverträge. Dabei handelt es sich um Verträge zwischen EVU's und Gemeinden, durch die dem EVU die Durchleitungsrechte durch das Gemeindegebiet gegeben werden, das Unternehmen also eine Konzession zur Durchleitung erhält ²⁾. Solche Konzessionsverträge dienen ebenfalls dem Gebietsschutz, denn durch die Konzessionierung wird es dem EVU ermöglicht, andere leitungsgebundene öffentliche Energieversorger vom Wettbewerb auszuschließen ³⁾. Neben der Konzessionierung enthält ein Konzessionsvertrag in der Regel auch die Pflicht des Versorgers zum

-
- 1) Vergl. H. Schelberger in GK 2. Auflage § 103 Rdn. 9;
H. Fischerhof BB 1958, 135;
F. Lanzenberger "Die Aufgaben der Kartellbehörde insbesondere in Bezug auf die Energiewirtschaft", GWF 1959, 789;
A. Cordt, "Kartellgesetz und Versorgungsunternehmen", GWB, 1959, 161 f.
- 2) R. Lukes, "Preisvergleich und Strukturvergleiche" S. 6;
H. Fischerhof BB 1958, 135, 136.
- 3) H. Schelberger in GK 2. Aufl.
§ 103, Rdn. 11.

Ausbau und Betrieb der Leitungen sowie meist auch die Pflicht zur Zahlung von Konzessionsabgaben an die Gemeinde ¹⁾.

c) Höchstpreisabreden

Freigestellt sind weiterhin die sogenannten Höchstpreisabreden gem. § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Höchstpreisabreden können Bestandteil von Lieferverträgen zwischen EVU's und Weiterverteilern sein, also vertikale Verträge ²⁾. In ihnen verpflichtet sich der Weiterverteiler, seine Abnehmer mit der von ihm bezogenen Energie nicht höheren Preisen zu beliefern, als dieser sie seinen eigenen, vergleichbaren Abnehmern gewährt ³⁾. § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB legitimiert speziell einen Fall der vertikalen Preisbindung, wobei jedoch nur die Festlegung der Preisobergrenze zulässig ist. Sogenannte Gleichpreisklauseln, in denen der Weiterverteiler sich verpflichtet, seine Abnehmer zu den gleichen Preisen zu beliefern, wie dieser sie seinen vergleichbaren Abnehmern gewährt, sind nicht freigestellt.

-
- 1) Zu den Pflichten H. Schelberger a.a.O.
Streitig ist die Einordnung der Konzessionsverträge. Siehe dazu U. Immenga, "Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten", S. 260, u. G. Malzer, "Die Benutzung öffentlicher Wege zur Leitungsverlegung durch Versorgungsunternehmen und industrielle Eigenanlagen in kartellrechtlicher Sicht", WUV 1962, 252, die die Einordnung unter § 1 GWB befürworten, sowie R. Lukes, "Die Benutzung öffentlicher Wege zur Fortleitung elektrischer Energie", S. 78, E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" S. 213, Fußn. 27 u. Ludwig-Cordt-Stech S. 167, die die Einordnung unter § 18 GWB befürworten.
- 2) E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 195 f.
- 3) R. Lukes a.a.O. S. 7;
H. Fischerhof BB 1958, 135, 136.

d) Verbundverträge

Freigestellt sind schließlich auch die sogenannten Verbundverträge gem. § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Während die vorherigen Nummern des § 103 GWB einzelne Vertragsabreden behandeln, betrifft § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB einen ganzen Vertragstyp ¹⁾. Verbundverträge werden zwischen EVU's für leitungsgebundene Energie geschlossen, um eine Arbeitsteilung bei der Versorgung zu erreichen ³⁾. Durch einen Verbundvertrag verpflichtet sich ein oder mehrere EVU's, einem anderen oder anderen EVU's bestimmte Versorgungsleistungen ausschließlich zur Verfügung zu stellen. Dieses muß zu einem gemeinsamen Zweck geschehen, wobei es gewöhnlich genügt, wenn gemeinsamer Zweck die Gewährleistung der öffentlichen Energieversorgung durch Arbeitsteilung der Verbundmitglieder ist ²⁾. Ein typische Fall eines Verbundvertrages ist, wenn sich mehrerer Unternehmen zum Zwecke einer großräumigen Versorgung zusammenschließen, möglicherweise über ein gemeinsames Verteilerunternehmen. Bei solchen Zusammenschlüssen handelt es sich dann um Kartelle im Sinne des § 1 GWB, und zwar um Rationalisierungskartelle, weil der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen um das vom Verbund belieferte Gebiet ausgeschlossen wird ⁴⁾. Möglich ist es aber auch, einen Verbund

-
- 1) E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 167 f;
H. Schelberger in GK 2. Aufl. § 103 Rdn. 15.
 - 2) H. Schelberger a.a.O.; H. Fischerhof BB 1958, 135, 136; R. Lukes, "Preisvergleich und Strukturvergleich", S. 8.
 - 3) H. Schelberger in GK 2. Aufl. § 103 Rdn. 15.
 - 4) H. Schelberger in GK 2. Aufl. Rdn. 15;
E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 200.

durch Abschluß von Liefer-, Syndikats-, Fort- und Durchleitungsverträgen herbeizuführen ¹⁾.

Dadurch kann Kartell entstehen, muß es aber nicht. Praktisch hat die Vorschrift des § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB wenig Bedeutung erlangt, da in den meisten Fällen Verbundverträge, die kein Kartell sind, allenfalls unter § 18 GWB fallen, wobei dann allerdings der Freistellungsrahmen umstritten ist ²⁾.

e) Sinn und Zweck der Freistellung

Die Existenz dieser Ausnahmebereiche erklärt sich durch die Besonderheiten bei der leitungsgebundenen Energieversorgung. Zum einen können Elektrizität, Gas- und Wasser nur über feste Leitungswege transportiert werden, zum anderen sind sie nur begrenzt, bzw. gar nicht speicherbar. Das bedeutet, daß die EVU's für den Spitzenbedarf gerüstet sein müssen und die kapitalmäßigen Investitionen relativ hoch sind. Außerdem sind Entscheidungen über den Verlauf von Leitungswegen einmalig und schwer oder gar nicht korrigierbar.

1) Ludwig-Cordt-Stech S. 174;

Eiser-Riederer-Sieder, II 62.

H. Fischerhof, "Wettbewerbsbeschränkende Verträge der Energiewirtschaft im Lichte der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. Oktober 1960", ET 1961, 53;

A. Cordt, "Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die deutsche Elektrizitätswirtschaft", EltW 1958, 575, 578,

G.H. Scheuten, "Das Europäische Kartellrecht. Aus der Sicht der deutschen Versorgungswirtschaft", ET 1962, 123, 125.

2) Vgl. E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 201, 167; H. Fischerhof BB 1958, 135, 136.

Es besteht daher die Gefahr, daß die Anlagen nicht ausgelastet sind und Investitionen in beträchtlicher Höhe vergeblich erfolgen ¹⁾; das wiederum würde eine billige Energieversorgung gefährden. Daher werden durch § 103 Abs. 1 GWB solche Abreden freigestellt, die unnötige Belastungen vermeiden sollen. Die Investitionstätigkeit wird hier durch § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 GWB geschützt, so daß sichergestellt wird, daß das einzelne EVU über ein festes Versorgungsgebiet verfügt und in diesem Rahmen seine Kapazitäten bestimmen und auslasten kann ²⁾. § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB begünstigt eine vernünftige Arbeitsteilung zwischen den EVU's, die ebenfalls zu einer Kostenersparnis führt, z.B. durch Ausnutzung eines gemeinsamen Leitungsnetzes ³⁾. § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB bezweckt schließlich zweierlei; zum einen soll er dem EVU, das außer den Weiterverteiler auch direkt beliefert, gestatten, durch gleichmäßige Behandlung aller direkt oder über den Weiterverteiler belieferten Abnehmer zu einer einheitlichen Tarifgestaltung zu kommen, zum anderen handelt es sich um eine

-
- 1) Schelberger in GK 2. Aufl. § 103 Rdn. 3; H. Lilienfein, "Elektrizitätsversorgung und Wettbewerb", EltW 1962, 57 ff.
 - 2) H. Schelberger a.a.O.; entspr. BGHZ 59, S. 42, 45 f. - "Stromtarif"; BGH WUW/E BGH 655, 657 - "Zeitgleiche Summenmessung"; G. Malzer, "Die Auswirkungen des Kartellgesetzes auf das deutsche Energierecht", NJW 1974, 441, 444; E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 225.
 - 3) H. Schelberger in GK 2. Aufl. § 103 Rdn. 14; Ludwig-Cordt-Stech S. 174.

Vorschrift zum Schutze der Abnehmer, da sichergestellt wird, daß die indirekten Abnehmer nicht schlechter behandelt werden als die direkten Abnehmer¹⁾.

Dieser Grundsatz bedeutet für die Untersuchung der Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel, daß die Klausel bei ihrer Anwendung in einer der freigestellten Abreden dem Sinn und Zweck der Freistellung dienen muß; tut sie das nicht, wäre sie unzulässig.

2) Einordnung der Meistbegünstigungsklausel

Die Meistbegünstigungsklausel wäre dann gem. § 103 Abs. 1 GWB zulässig, wenn sie direkt oder analog unter die einzelnen Freistellungstatbestände des § 103 Abs. 1 GWB einzuordnen wäre, oder wenn sie zumindest als Nebenabrede einer der freigestellten Abreden dem Freistellungszwecke diene. Eines kann allerdings vorab schon festgestellt werden: Da die Klausel in der Form "Blitzgeräte" eine Preisuntergrenze festlegt, wäre sie in jedem Falle unzulässig, da eine Preisfestschreibung durch § 103 Abs. 1 GWB auf keinen Fall bewirkt werden soll. Interessant ist allerdings die Behandlung von Klauseln der Form "Schuhhandel" oder "Metro", die eine solche Festschreibung zumindest vom Wortlaut her nicht bezwecken.

a) Konzessionsabrede

Es ist auf den ersten Blick zu sehen, daß die Meistbegünstigungsklausel keine Konzessionsabrede darstellt. Sie wäre allenfalls als Nebenabrede

1) Ludwig-Cordt-Stech S. 171, 172;
F. Lanzenberger GWF 1959, 789;
Eiser-Riederer-Oberholte II/63.

zu einem Konzessionsvertrag möglich. Denkbar wäre, daß sich die Gemeinden von dem konzessionierten EVU als Gegenleistung für die Konzessionierung, als anstelle der oder zusätzlich zur Konzessionsabgabe, bezüglich der an sie gelieferten Energie die Meistbegünstigung einräumen lassen, daß sich das EVU also verpflichtet, ihnen die gleichen Preise zu gewähren wie den anderen Abnehmern bzw. Gemeinden. Diese Meistbegünstigungsklausel fördert aber in keiner Weise den Konzessionsvertrag noch den durch diesen bezweckten Gebietsschutz. Es ist kein entsprechender Zusammenhang erkennbar. Einsichtig ist auch nicht, warum eine Gemeinde, die einem EVU das ausschließliche Durchleitungsrecht gewährt, gerade deswegen ein erhöhtes Interesse an der Gleichbehandlung mit anderen Gemeinden hat. Zwar wird durch den so erzielten Gebietsschutz das EVU zum Monopolisten¹⁾, das kann jedoch im Rahmen der Konzessionierung nicht berücksichtigt werden, da hier nur ein mittelbarer Zusammenhang mit der Konzessionsabrede besteht. Eine direkte, die Konzessionsabrede oder den Gebietsschutz dienliche Wirkung der Klausel ist jedenfalls nicht gegeben, letzteres, da die Klausel der Gemeinde und nicht dem konzessionierten EVU zugute kommt. Als Bestandteil eines Konzessionsvertrages ist die Meistbegünstigungsklausel daher nicht zulässig.

1) Vgl. G. Malzer, "Das Recht der Energielieferungsverträge", S. 56, 66;
P. Salje, "Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen", S. 49.

b) Höchstpreisabrede

Ebenfalls ist ersichtlich, daß die Meistbegünstigungsklausel auch keine Höchstpreisabrede enthält. Denkbar wäre aber hier die entsprechende Anwendung von § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf die Meistbegünstigungsklausel. Auf den ersten Blick betrachtet ähneln sich die Höchstpreisabrede und die Meistbegünstigungsklausel sehr, denn die Höchstpreisabrede hat für die Abnehmer des Weiterverteilers eine mit dem Begünstigungseffekt verwandte Wirkung. Eine Höchstpreisabrede führt letztendlich, genau wie eine Meistbegünstigungsklausel, zu einer Gleichbehandlung der direkten und indirekten Abnehmer des Lieferunternehmens¹⁾. Auch der Nebeneffekt der Meistbegünstigungsklausel, nämlich die Tatsache, daß ein Weiterverteiler versuchen wird, die Preise so hoch wie möglich zu gestalten und somit eine Preissenkung durch den Weiterverteiler so gut wie ausgeschlossen ist, tritt bei der Höchstpreisabrede ein.

Man könnte nun annehmen, daß, wenn es dem Lieferunternehmen möglich ist, einen "Meistbegünstigungseffekt" im Falle der indirekten Lieferung zu bewirken, es auch zulässig sein muß, dem Verbraucher direkt die Meistbegünstigung zu gewähren. Diese Argumentation ist aber vom Inhalt des § 15 GWB nicht gedeckt. Mögen sich Höchstpreisabrede und Meistbegünstigungsklausel auch in der Wirkung ähnlich sein, so sind sie doch nicht vergleichbar. Die Höchstpreisabrede bewirkt lediglich, daß die Abnehmer des Weiterverteilers, also die indirekt

1) Ludwig-Cordt-Stech S. 171, 172;
A. Cordt EltW 1958, 575, 578.

beliefert den Abnehmer des Lieferunternehmens, ebenso behandelt werden wie die direkten Abnehmer des Lieferunternehmens. Das bedeutet aber nicht, daß für die direkt belieferten Abnehmer des Lieferunternehmens die Meistbegünstigung gilt; die Behandlung dieser und somit auch die Frage, ob die Meistbegünstigungsklausel zulässig ist, richtet sich nach allgemeinen Regeln. Gesteht man dem Verbraucher, d.h. dem indirekt belieferten Abnehmer zu, eine dem § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB entsprechende Klausel zu vereinbaren, was allein schon deshalb zweifelhaft ist, weil diese Vorschrift nur die Vertragsbeziehungen zwischen Lieferer und Weiterverteiler erfaßt, und auch, wie oben ausgeführt, in erster Linie dessen Interessen schützt, könnte diese Klausel nur wie eine umgekehrte Höchstpreisklausel aussehen. Sie müßte gegen den Weiterverteiler gerichtet sein und diesen verpflichten, den Klauselverwender genau zu behandeln wie die vom Lieferunternehmen direkt belieferten vergleichbaren Abnehmer. Eine Meistbegünstigungsklausel gegenüber dem Lieferunternehmen direkt ist hingegen nicht zulässig, da mit der Höchstpreisabrede ein Meistbegünstigungseffekt nicht verbunden ist.

Zu prüfen bleibt, ob die Meistbegünstigungsklausel entsprechend unter § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB eingeordnet werden kann, wenn sie vom Lieferunternehmen dem Weiterverteiler gewährt wird. Aber auch in diesem Falle kann nicht von einer Vergleichbarkeit nach Inhalt, Sinn und Zweck der Meistbegünstigungsklausel und der Höchstpreisabrede ausgegangen werden. Zwar handelt es sich in beiden Fällen um ursprünglich vom § 15 GWB erfaßte Gestaltungsbindungen in Bezug auf Drittverträge, Ziel und Wirkung sind jedoch verschieden. Die Höchstpreisabrede erfüllt zwei

Funktionen; sie zielt auf die Gleichbehandlung von direkten und indirekten Abnehmern ab, wodurch dem Lieferunternehmen eine einheitliche Tarifgestaltung gestattet wird und außerdem ein Schutz der indirekten Abnehmer vor Schlechterstellung gegenüber den direkten Abnehmern erreicht wird¹⁾. Das kann aber durch die Meistbegünstigungsklausel nicht erreicht werden. Sie führt zu einer Gleichbehandlung der Weiterverteiler mit anderen, vergleichbaren Unternehmen. Eine einheitliche Tarifgestaltung bzgl. der indirekten Abnehmer ist nicht möglich, weil der Weiterverteiler in seiner Preisgestaltung gegenüber seinen Abnehmern frei bleibt. Auch ein Verbraucherschutz wird höchstens indirekt erreicht. Die Abnehmer des Weiterverteilers werden allenfalls dann begünstigt, wenn der Weiterverteiler aufgrund der Meistbegünstigung eine Preissenkung erfährt, die er an seine Abnehmer weitergeben kann, wozu er aber nicht verpflichtet ist. Ansonsten ändert sich ihre Situation überhaupt nicht. Eher könnte wegen der "Begünstigungssperre" der Klausel zu befürchten sein, daß Preissenkungen verhindert werden, weil die Verpflichtung zur Preisanpassung eine Preissenkung für den Lieferer zu teuer werden läßt. Auch daß die Höchstpreisabrede letztlich ebenfalls zu einer Preiserstarrung führt, weil der Weiterverteiler in der Regel versuchen wird, sein Preislimit bestmöglich auszunutzen, kann an diesem Ergebnis nichts ändern. Dieser Preiserstarrungseffekt ist nämlich nicht beabsichtigt und sogar unerwünscht. Das läßt sich daran erkennen, daß

1) Ludwig-Cordt-Stech, S. 171, 172;
A. Cordt EltW 1958, 575, 578;
H. Schelberger in GK 2. Aufl., § 103 Rdn. 13;
E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 197.

Gleichpreisklauseln unzulässig sind¹⁾. Die entsprechende Wirkung der Meistbegünstigungsklausel ist daher ebenfalls nicht durch § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB gedeckt.

Somit bleibt festzuhalten, daß eine entsprechend Anwendung von § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf die Meistbegünstigungsklausel nicht möglich ist, und zwar unabhängig davon, ob die Meistbegünstigungsklausel vom Abnehmer gegenüber dem Lieferunternehmen verwendet wird, also unter Ausschaltung des Weiterverteilers, oder ob sie vom Weiterverteiler gegen das Lieferunternehmen gerichtet ist, da Meistbegünstigungsklauseln mit den in § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB freigestellten Höchstpreisabreden nicht vergleichbar sind²⁾.

c) Demarkationsabreden

Während bei den bisher behandelten Ausnahmetatbeständen es relativ deutlich war, daß Meistbegünstigungsklauseln nach diesen Regeln nicht zulässig sind, verhält es sich bei der nunmehr zu untersuchenden Freistellung von Demarkations- und Verbundverträgen nach § 103 Abs. 1 Nr. 1, 4 GWB anders. Die bisher behandelten Freistellungen betreffen sehr spezielle Ziele und Regelungen, so § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB nur die Höchstpreisklausel

1) BKartA TB 1959, S. 34;
E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 197 - 199;
Langen-Niederleithinger-Schmidt § 103 Rdn. 8;
a.A. H. Fischerhof BB 1958, 135, 136,
G. Schönauer, "Das Wettbewerbsgesetz und seine Bedeutung für die Energiewirtschaft",
GWf 1958, 397, 398.

2) Im Ergebnis so auch Ludwig-Cordt-Stech, S. 173, 174, der die Meistbegünstigungsklausel nur im Exkurs behandelt.

und § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB nur eine spezielle Variante des Gebietsschutzes, nämlich die Gewährung eines Durchleitungsrechtes. Dadurch war die Anwendungsmöglichkeit für die Meistbegünstigungsklausel von vornherein eingeschränkt. Die Regelungen von § 103 Abs. 1 Nr. 1 und 4 GWB sind dagegen etwas allgemeiner gefaßt. § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB behandelt Gebietsschutzverträge zwischen Energieversorgungsunternehmen der leitungsgebundenen Energie, wodurch zumindest vom Grundgedanken her ein Vertragskomplex, der aus mehreren Regelungen besteht, erfaßt werden könnte, soweit er den Gebietsschutz betrifft. Noch allgemeiner ist § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB gefaßt, der nur einen Vertragstyp und keine speziellen Regelungen betrifft. Durch diese allgemeine Fassung erscheint es eher möglich, die Meistbegünstigungsklausel unter die eine oder andere Vorschrift einzuordnen. So könnte die Meistbegünstigungsklausel speziell unter die Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB fallen, wenn sich der Gebietsschutz auch durch die Meistbegünstigung erreichen ließe oder die Klausel zumindest der Demarkation diene.

aa) Die Meistbegünstigungsklausel als Demarkationsabrede

Es mag Überraschen, daß die Meistbegünstigungsklausel demarkierend wirken kann, daß sie also möglicherweise direkt zu einem Gebietsschutz führt. Um diese Wirkung zu erklären, muß auf die schon angesprochene wettbewerbsverzerrende Wirkung der Klausel hingewiesen werden. Eine Meistbegünstigungsklausel sorgt ja, wenn sie unbedingt ist, für die Gleichschaltung aller Abnehmer; wenn sie bedingt ist, für die Gleichschaltung zumindest der vergleichbaren Abnehmer bei gleichen Lieferverhältnissen.

Ein starker Nachfrager, der gegenüber den anderen Abnehmern über mehr Reaktionsmöglichkeiten im Wettbewerb verfügt, kann aufgrund der Gleichschaltung dafür sorgen, daß von der Preisbasis her niemand günstiger steht als er, so daß er gegen die anderen uneingeschränkt seine größere Marktmacht ausnutzen kann. Das kann zu einer Gebietsabgrenzung führen. Läßt sich ein Weiterverteiler, der über solche wettbewerbslichen Vorteile verfügt, bezüglich eines bestimmten Gebietes die Meistbegünstigung im Hinblick auf andere, in dieses Gebiet liefernde Weiterverteiler, die vom gleichen Lieferunternehmen Energie beziehen, die Meistbegünstigung einräumen, so verschafft er sich den anderen Abnehmern gegenüber sozusagen einen "Platzvorteil", der ihn zum stärksten Anbieter in diesem Gebiet macht und die anderen Weiterverteiler vom Wettbewerb ausschließt. Er hat also dieses Gebiet vor anderen Weiterverteilern geschützt und somit praktisch demarkiert.

Einen Liefervertrag mit einer Meistbegünstigungsklausel auf diese Art als Demarkationsvertrag auszuweisen und gem. § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB freizustellen, ist jedoch bedenklich. Die Vorschrift des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB betrifft Verträge, bei denen die Vertragspartner ihre Gebiete gegeneinander abgrenzen. Bei einer Meistbegünstigungsklausel würde die Gebietsabgrenzung nicht zwischen dem Klauselverwender und seinen potentiellen Konkurrenten, den anderen, vom gemeinsamen Lieferunternehmen belieferten Weiterverteilern erfolgen, sondern mit einem von der Demarkation gar nicht berührten Dritten. Zwar liegt in einer solchen Abrede kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter, da die ausschließende Wirkung nicht auf einer Verpflichtung der anderen Weiterverteiler beruht, sondern auf der tatsächlichen Wirkung der Handlungsbeschränkung des Lieferunternehmens. Trotzdem kann ein solcher vertraglicher

Ausschluß der anderen Abnehmer vom Wettbewerb nicht von § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfaßt werden. Diese Regelung dient schließlich einer vernünftigen Arbeitsteilung bei der Belieferung von Versorgungsgebieten zum Schutze vor überflüssigen Investitionen¹⁾. Daraus ist zu schließen, daß die Wettbewerber durch eine Art "Nichtangriffspakt" unter Abwägung ihrer Interessen das Versorgungsgebiet unter sich aufteilen sollen, daß also die Demarkation auf Gegenseitigkeit beruht²⁾. Auch wenn eine unselbständige Demarkation durch den Vertrag betrieben wird, d.h. daß nur eine der Parteien des Demarkationsvertrages ein Gebiet demarkiert, liegt eine Gegenseitigkeit vor. Auch hier dient die Demarkation der Arbeitsteilung; einer soll liefern, der andere verteilen. Mit dieser Konzeption ist es aber unvereinbar, die Demarkation einseitig und nur zum Schutze der eigenen Interessen zu betreiben; genau das bedeutet eine Abgrenzung durch die Verwendung der Meistbegünstigungsklausel gegenüber den Lieferunternehmen. Die Meistbegünstigungsklausel beschränkt den Lieferer gar nicht (außer in der Gestaltung von Verträgen mit anderen Verteilern), sie gibt aber dem Verwender die Möglichkeit, andere Verteiler zu verdrängen. Die anderen weiterverteilenden Abnehmer hätten auch keine Möglichkeit,

1) Vgl. nur H. Schelberger in GK 2. Aufl., § 103 Rdn. 3

2) Das ist schon daran zu erkennen, daß die Demarkation zwischen zwei Unternehmen oft zu einem gemeinsamen Zweck vereinbart wird und daher ein Rationalisierungskartell ist. Vgl. H. Schelberger in GK 2. Aufl., § 103 Rdn. 9; ebenso E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 175.

ihre Interessen bei dieser Art Aufteilung zu wahren. Auf seiten des Lieferunternehmens ist festzustellen, daß es in die Rolle eines übergeordneten Wächters versetzt wird und die Aufteilung des Versorgungsgebietes unter die untergeordneten Weiterverteiler durch die Gewährung oder Verweigerung der Meistbegünstigungsklausel beeinflussen kann. Das sind Gesichtspunkte, die bei Freistellung von Demarkationsabreden gem. § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht gelten sollen; dort wird vielmehr von einer "partnerschaftlichen" Demarkation ausgegangen¹⁾. Auch von der Wirkung her wäre eine solche Klausel mehr als fraglich. Bezöge sich die Klausel auf alle Weiterverteiler in einem begrenzten Gebiet, so ließe die so getroffene Demarkation auf eine Verdrängung der nicht meistbegünstigten Weiterverteiler hinaus. Das würde dem Zweck von § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB, Investitionen zu schützen, entgegenlaufen, vielmehr würden die Investitionen der verdrängten Weiterverteiler dadurch vergebens erfolgt sein²⁾. Schließlich würde es auch an der Bestimmtheit der Klausel fehlen. Demarkationsverträge müssen nämlich in Bezug auf die Abgrenzung und das Gebiet bestimmt sein³⁾. Diese

1) Siehe auch E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 175; ein Vertragspartner soll die öffentliche Versorgung unterlassen, nicht ein Dritter.

2) Bei echten Demarkationsverträgen würde dieses Anlaß zu einer Mißbrauchsverfügung gem. § 104 GWB sein; vgl. dazu E. Niederleithinger a.a.O. S. 227 ff.; W. Dörinkel in GK 2. Aufl., § 104 Rdn. 9, 10; P. Gieseke, "Die Stellung der deutschen Energiewirtschaft nach dem GWB und dem Energiewirtschaftsgesetz", GWF 1958, 719, 724; F. Lanzenberger GWF 1959, 789, 793, wonach Verträge unzulässig sind, die sich gegen eine billige und sichere Versorgung richten.

3) E. Niederleithinger a.a.O. S. 171.

Voraussetzung erfüllt eine Meistbegünstigungsklausel nicht; die "demarkierende", d.h. wettbewerbsausschließende Wirkung der Klausel tritt nicht mit ihrer Gewährung, sondern erst mit der Verdrängung der anderen Mitwettbewerber ein. Somit hängt der Zeitpunkt der Demarkation von dem wettbewerblichen Vorsprung ab, den die Klausel dem Klauselverwender gewährt, und auch das endgültig demarkierte Gebiet wird durch den Erfolg der Verdrängungsmaßnahmen des Klauselverwenders bestimmt.

Aus diesen Gründen läßt sich eine Meistbegünstigungsklausel nicht unter die Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB einordnen. Sie ist daher als Demarkationsmittel gegenüber anderen weiterverteilenden Unternehmen in Lieferverträgen zwischen einem Verteiler- und einem Lieferunternehmen unzulässig.

bb) Die Meistbegünstigungsklausel als Nebenabrede eines Demarkationsvertrages

Das schließt jedoch nicht aus, daß die Meistbegünstigungsklausel als Nebenabrede eines Demarkationsvertrages zulässig sein kann. Bei unselbstständigen Demarkationsverträgen könnten sich die Parteien des Vertrages die demarkierende Wirkung der Klausel zugute machen, um Umgehungen des Demarkationsvertrages zu verhindern.

(1) Die Umgehung des unselbstständigen Demarkationsvertrages und der Schutz durch die Meistbegünstigungsklausel

Unselbstständige Demarkationsverträge liegen vor, wenn die Demarkation an einen Energielieferungsvertrag geknüpft ist, wobei sich das Lieferunternehmen gegenüber dem Abnehmerunternehmen verpflichtet, in dessen näher bestimmtes Versorgungsgebiet keine

Energie zu liefern oder wenn sich das Abnehmer- oder Verteilerunternehmen verpflichtet, keine gelieferte Energie in das vom Lieferer beanspruchte Gebiet zurückzuliefern¹⁾. Der erstgenannte Fall, in dem das Lieferunternehmen sich dem Abnehmer gegenüber verpflichtet, nicht in dessen dem Liefere gegenüber zulässigerweise demarkierten Gebiet einzudringen, indem es dessen Abnehmerkreis direkt beliefert, könnte von dem Lieferunternehmen leicht umgangen werden. Es brauchte nur einen anderen Weiterverteiler, den es mit der gleichen leitungsgebundenen Energie beliefert, einzuschalten und diesem einen günstigeren Preis zu gewähren als dem Partner des Demarkationsvertrages; dann könnte dies Verteiler mit dem anderen in Wettbewerb treten und so dem Lieferunternehmen indirekt den Abnehmerkreis des Partners des Demarkationsvertrages erschließen. Eine zusätzlich mit dem anderen Verteiler vereinbarte Höchstpreisklausel könnte diese Wirkung noch unterstützen, indem sichergestellt ist, daß der Verteiler den Abnehmern die gleichen Preise gewährt wie das Lieferunternehmen vergleichbaren Abnehmern bei direkter Belieferung²⁾.

1) R. Lukes, "Preisvergleich und Strukturvergleich" S. 5.

F. Lanzenberger GWF 1959, 789, 791.
K. Ballerstedt, "Energirechtliche Probleme §§ 103, 22, 26 GWB", VEnergR 5, S. 5;
Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 103.

2) Es muß darauf hingewiesen werden, daß das nur eine faktische Wirkung ist, denn Gleichpreisklauseln sind unzulässig.
E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 198 m.w.N.;
Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 229.

Hierzu folgendes Beispiel:

Ein Verteilungsunternehmen (V) bezieht von einem Lieferunternehmen, das auch direkt beliefert (L), Strom. In dem Liefervertrag ist das Gebiet des Kreises K für V demarkiert. Als V mit K über den Abschluß eines Stromlieferungsvertrages verhandelt, wird es vom Konkurrenzunternehmen Z unterboten; dieses schließt mit K den Vertrag. Die an K zu liefernde Kapazität bezieht Z in voller Höhe von L. Da L dem Z einen günstigeren Abnahmepreis gewährt hat in Kenntnis der Verhältnisse mit K, konnte Z mit einem günstigeren Preis kalkulieren als V, so daß V im Wettbewerb unterlag. Somit hat L sich für seine Produktion einen neuen Abnehmer erschlossen, der lt. Demarkationsvertrag dem V zustehen sollte, und hat so den Vertrag umgangen.

Hiergegen könnte sich das Verteilerunternehmen natürlich durch Aufnahme einer Regelung in den Demarkationsvertrag schützen, in der sich das Lieferunternehmen verpflichtet, auch eine solche indirekte Belieferung in das Versorgungsgebiet des Verteilers zu unterlassen¹⁾. Der gleiche Erfolg läßt sich aber auch durch Aufnahme einer unbedingten Meistbegünstigungsklausel in den Liefervertrag erzielen.

1) Die Unterlassungspflicht umfaßt auch die indirekte Belieferung; entspr. Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 126 - 129; a.A. G. Malzer, "Die Auswirkungen des Kartellgesetzes auf das deutsche Energierecht", NJW 1972, 441, 443, u. V. Emmerich in Emmerich-Lukes, "Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung", S. 64, mit der formalistischen Begründung, es käme auf den Übergabeort an, und dieser liege beim eingeschalteten Verteiler.

Auf diese Weise würde sichergestellt, daß das Lieferunternehmen bei Einschaltung eines anderen Verteilers nicht indirekt den Klauselverwender unterbieten kann und ihm so mit eigenen Investitionen das demarkierte Versorgungsgebiet nicht wieder abnehmen kann¹⁾. Andererseits würde die Klausel nicht so durchgreifend wirken wie ein Totalverbot der indirekten Belieferung; der Lieferer könnte, anders als bei einem Totalverbot der indirekten Belieferung weiterhin Aktivitäten entfalten, er wäre nur an der Umgehung gehindert; auch wären die dritten Weiterverteiler nicht völlig vom Versorgungsgebiet ausgeschlossen. Unbedingt müßte die Klausel allerdings deshalb sein, weil eine nach Lieferverhältnissen und Gleichartigkeit der Unternehmen bedingte Meistbegünstigungsklausel nur einen Teil der eingeschalteten Weiterverteiler betrifft, so daß bei einer solchen Klausel der Schutz vor indirekter Belieferung nur unvollständig wäre. Bei unbedingter Klausel wären dagegen alle potentiellen Weiterverteiler erfaßt und der Schutz durch die Klausel vor einer solchen Umgehung der Demarkationsabrede umfassend, so daß ausnahmsweise das Interesse des Abnehmers über die reine Gleichbehandlung hinausgeht.

(2) Voraussetzungen für die Freistellung
der Meistbegünstigungsklausel

Es ist somit zu prüfen, ob die Meistbegünstigungsklausel als Nebenabrede zu einem unselbständigen Demarkationsvertrag in der angeführten Konstellation von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfaßt ist. Das setzt voraus, daß

1) Das ist eine Folge des "Gleichschaltungseffektes".

Nebenabreden zu Demarkationsverträgen überhaupt zulässig sind und daß die anderen Weiterverteiler nicht unzulässigerweise in die Demarkation hineingezogen werden.

(a) Zulässigkeit von Nebenabreden zu Demarkationsverträgen

Die Freistellung durch § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB greift nur ein, soweit Verträge zwischen Versorgungsunternehmen (und Gebietskörperschaften) Demarkationsabreden enthalten. Daraus ergibt sich das Problem, wie weit die Freistellung geht, insbesondere ob sie auch andere bzw. Nebenabreden ergreift. Aus dem Wort "soweit" ergibt sich eine Beschränkung der Freistellung auf die Demarkationsabreden selbst¹⁾. Es ist daher sicher nicht richtig, bei der Freistellung von gemischten Verträgen auf den überwiegenden Gehalt des die Demarkation enthaltenden Vertrages abzustellen, wie es teilweise geschehen ist²⁾. Andererseits dürfte auch die Auffassung zu eng sein, daß nur und allein die eigentliche Demarkationsabrede freigestellt ist, Nebenabreden hingegen nicht. In der Natur der Sache liegt es nämlich, daß eine Demarkation durch mehrere Einzelregelungen vorgenommen werden muß. Man wird vielmehr zwischen dem Vertragsteil, der die Demarkation

1) E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 166, 167;
A. Cordt EltW 1958, 575, 576, GWF 1959, 161, 162;
P. Gieseke GWF 1958, 719, 720;
F. Lanzenberger GWF 1959, 789, 790.

2) So E. Langen, "Kommentär zum Kartellgesetz" 4. Aufl., 1965, § 103 Tz 3; das Nachfolgewerk, Langen-Niederleithinger-Schmidt § 103 Rdn. 3 - 5, erwähnt diese Ansicht nicht mehr.

enthält und dem Teil, der die Lieferverpflichtung enthält, unterscheiden müssen, wobei sich natürlich gemeinsame Regelungen ergeben können. Freigestellt sind dann alle Abreden, die die Demarkation direkt betreffen und deren Bestandteil sind. Bei einer zur Vermeidung von Umgehungen einer Demarkationsabrede eingegangenen Meistbegünstigungsklausel ist das, obwohl sie vom Wortlaut her die Preisgestaltung, also den Liefervertrag, betrifft, der Fall, denn sie ist von ihrer Funktion als Mittel zur Vermeidung von Umgehungen des Demarkationsvertrages Bestandteil der Demarkationsabrede, der sie direkt dient. Daher ist auch eine Meistbegünstigungsklausel von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfaßt.

(b) Die Einbeziehung dritter Verteiler
in die Demarkationsabrede

Fraglich ist allerdings, ob die Meistbegünstigungsklausel nicht deshalb unzulässig ist, weil die dritten Unternehmen durch den mit der Klausel verbundenen Gleichschaltungseffekt daran gehindert sind, in das demarkierte Gebiet einzudringen, und so faktisch in die Demarkation einbezogen werden. Mit diesem Argument wurde schließlich die Einordnung der Meistbegünstigungsklausel als selbständige Demarkationsabrede abgelehnt. Allerdings richtete sich die Meistbegünstigungsklausel in jener Konstellation direkt gegen die anderen Verteiler, denen gegenüber sich der Klauselverwender einen Vorteil verschaffen wollte. Das ist hier anders. In der hier gegebenen Vertragsvariante richtet sich die Klausel nicht gegen die Dritten, sondern gegen das Lieferunternehmen. Betroffen sein soll auch nicht das Investitionsrisiko der anderen Weiterverteiler, sondern das Risiko des Lieferunternehmens. Die Investitionen des Klauselverwenders sollen nur

vor indirekten Eingriffen des Lieferunternehmens geschützt werden. Die Investitionstätigkeit der anderen Weiterverteiler ist hingegen nicht getroffen, denn sie erfüllen bei einer die Demarkation umgehenden indirekten Lieferung nur die Weitergabefunktion. Schutzwürdige Interessen der Verteiler sind nur betroffen, wenn sie bereits eigene Investitionen zur Belieferung des Versorgungsgebietes, das der Verteiler gegenüber dem Lieferer für sich demarkiert hat, getätigt haben, die durch die Meistbegünstigungsklausel beeinträchtigt werden. Nur dann bezieht die Meistbegünstigungsklausel sie in den Demarkationsvertrag ein, was in der Tat unzulässig wäre. Gibt es solche Investitionen nicht, sind sie vom Demarkationsgebiet nicht ausgeschlossen.

(c) Konsequenzen für die Gestaltung der Meistbegünstigungsklausel

Hieraus ergibt sich, daß der Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklausel als Nebenabrede eines Demarkationsvertrages auf die Fälle der Umgehung eingeschränkt werden muß. Eine Meistbegünstigungsklausel mußte also so gestaltet werden, daß sie nur die echten Umgehungsfälle erfaßt. Eine echte Umgehung durch indirekte Belieferung liegt nur dann vor, wenn nicht der Weiterverteiler, sondern in Wahrheit das Lieferunternehmen sein Liefergebiet abredewidrig erweitert. Also darf die Meistbegünstigungsklausel nicht die Fälle betreffen, in denen das Lieferunternehmen nur einen Teil der insgesamt vom Verteiler in das Gebiet des Klauselverwenders gelieferten Energie liefert. Sie darf weiterhin nicht die Fälle erfassen, in denen der Verteiler seine Lieferkapazität, die er aufgrund von eigenen Investitionen gegenüber Abnehmern im Versorgungsgebiet des Klauselverwenders aufgebaut hat, durch

Bezug vom Lieferunternehmen erweitert, denn seine eigene Expansion darf nicht behindert werden. Schließlich darf die Klausel nur Lieferungen in das Gebiet des Klauselverwenders betreffen, denn nur insoweit hat er ein Interesse an der Gleichbehandlung. Schließlich dürfen von der Klausel betroffene Abnehmer nur Energieversorgungsunternehmen sein. Zu berücksichtigen ist auch, daß eine Demarkation, die sich gegen bereits vorgenommene Investitionen richtet, mißbräuchlich ist¹⁾. Daher darf die Meistbegünstigungsklausel nur zukünftige Kapazitätserweiterungen des Lieferers, nicht hingegen bereits eingegangene Verpflichtungen betreffen. Daraus ergibt sich für eine Meistbegünstigungsklausel, die zum Zwecke der Vermeidungen von Umgehungen eines Demarkationsvertrages vereinbart worden ist, folgende Form:

Die Meistbegünstigungsklausel muß im Rahmen eines unselbständigen Demarkationsvertrages vereinbart worden sein. Das heißt, im Rahmen eines Liefertrages betreffend leitungsgebundene Energie zwischen einem Liefer- und einem Verteilerunternehmen muß vereinbart sein, daß das Lieferunternehmen nicht in das näher bestimmte Versorgungsgebiet des Verteilerunternehmens liefern darf.

1) Sie erfüllt, wie ausgeführt, nicht den Freistellungszweck des § 103 GWB und richtet sich gegen eine billigere und sicherere Energieversorgung; W. Dörinkel in GK 2. Aufl., § 103 Rdn. 9.

Auch das Argument, das für die Zulässigkeit des Verbotes indirekter Belieferung spricht, nämlich doppelte Leitungsverlegung - vgl. Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 129 - sticht hier nicht.

Die weitere Regelung könnte etwa folgenden Wortlaut haben:

"Sollte der Lieferer nach Abschluß dieses Vertrages unter dessen Umgehung durch Einschaltung anderer Verteilerunternehmen leitungsbundene Energie in das Versorgungsgebiet des Vertragspartners liefern, so ist er verpflichtet, diesem die gleichen Preise und Bedingungen zu gewähren, wie er sie den anderen Verteilerunternehmen bezüglich dieser in das demarkierte Gebiet gelieferten Energie gewährt. Diese Verpflichtung gilt nur gegenüber Verteilerunternehmen, die die gesamte vom Lieferer bezogene Kapazität in das Versorgungsgebiet des Vertragspartners weitergeben; sie gilt nicht, falls die Belieferung durch diese Verteilungsunternehmen teilweise aus anderen Quellen erfolgt."

Auf diese Weise wird das Interesse des Klauselverwenders an der Vermeidung der Umgehung des Demarkationsvertrages durch das Lieferunternehmen geschützt, während andere Weiterverteiler an Investitionstätigkeiten zu ihrem eigenen Risiko nicht gehindert werden. Möglich wäre statt der hier verwandten "Metroklausel" auch die "Schuhklausel", also eine Verpflichtung, den demarkierenden Verteiler nicht schlechter als andere zu stellen. Ausgeschlossen ist allerdings eine Meistbegünstigungsklausel in der "Blitzgeräte"-Form wegen ihrer von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht gedeckten, im Wortlaut enthaltenen preisfestschreibenden Wirkung¹⁾.

1) BGH WUW/E BGB 1171 "Blitzgeräte";
Langen-Niederleithinger-Schmidt § 15 Rdn. 35

Ansonsten ist eine Meistbegünstigungsklausel in der oben angeführten Form von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfaßt.

cc) Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel bei Umgehungen eines Demarkationsvertrages durch andere Energie

Für das Lieferunternehmen besteht jedoch nicht nur die Möglichkeit, den Demarkationsvertrag durch indirekte Lieferung von Energie zu umgehen. Der bisher behandelte Fall bezog sich auf die Umgehung einer Demarkation betreffend eine bestimmte leitungsgebundene Energie durch indirekte Belieferung mit derselben Energie über einen Weiterverteiler. Unter bestimmten Umständen wäre es dem Lieferer aber möglich, die Demarkation durch Lieferung einer anderen Energie zu umgehen, so daß sich die Frage stellt, ob auch eine solche Umgehung durch die Meistbegünstigungsklausel verhindert werden kann und darf.

(1) Umgehung der Demarkation durch Lieferung einer anderen Energieart und Wirkung der Meistbegünstigungsklausel

Partner des Demarkationsvertrages sind auch hier wieder ein Lieferunternehmen und ein Verteilerunternehmen. Im Unterschied zum vorherigen Fall liefert der Lieferer auch eine andere Energie, die nicht leitungsgebunden zu sein braucht und mit der die leitungsgebundene Energie erzeugt werden kann. Beispiel hierfür ist ein Lieferunternehmen, das Strom liefert, aber auch andere Energie zur Stromerzeugung, also Gas als leitungsgebundene, aber auch Kohle oder Erdöl als nicht leitungsgebundene Primärenergie. Das Verteilerunternehmen beliefert seine Kunden nun teils mit vom Lieferunternehmen bezogenen Strom, teils aber auch mit aus der vom Lieferunternehmen ebenfalls bezogenen Primärenergie

produzierten Strom. In einem Liefervertrag wird nun zugunsten des Verteilers vereinbart, daß der Lieferer verpflichtet ist, keinen Strom in das bestimmte Versorgungsgebiet des Verteilers zu liefern. Diese Demarkation könnte das Lieferunternehmen dadurch umgehen, daß es an andere Strom produzierende Versorgungsunternehmen Primärenergie zu günstigeren Konditionen liefert als an den Verteiler. Auch hierdurch könnten Investitionen des Verteilers gefährdet werden, indem die anderen vom Lieferer mit Primärenergie belieferten Unternehmen ihn durch die Besserstellung im Wettbewerb unterbieten und so aus seinem Versorgungsgebiet verdrängen könnten. Wieder hätte das Lieferunternehmen trotz des Demarkationsvertrages seinen Abnehmerkreis indirekt auf Kosten des Verteilers erweitert.

Dagegen könnte sich der Verteiler ebenfalls durch die Meistbegünstigungsklausel schützen. Eine Meistbegünstigungsklausel bezüglich des Preises oder der Bedingungen der Primärenergie, aus der sowohl er als auch die ihn bedrohenden Stromproduzenten ihre leitungsgebundene Energie produzieren, würde ihn mit diesen gleichstellen. Damit wäre sichergestellt, daß er von diesen nicht unterboten werden kann, da er mit ihnen auf gleicher Stufe steht. Da auch in diesem Falle die Meistbegünstigungsklausel letztlich der Demarkation bzgl. der leitungsgebundenen Energie dient, könnte man annehmen, daß auch eine solche Klausel von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfaßt wird.

(2) Einbeziehung anderer Energie produzierender Unternehmen in den Demarkationsvertrag

Eine solche Argumentation erregt jedoch schwerwiegende Bedenken. Eine Meistbegünstigungsklausel betreffend nicht leitungsgebundene Primärenergie könnte eine unzulässige Erweiterung der Freistellung von Demarkationsverträgen auf nicht leitungsgebundene Energie bedeuten¹⁾. Dagegen ließe sich allenfalls anführen, daß sich die Situation bei solchen Verträgen nicht von den Verträgen betreffend leitungsgebundene Energie unterscheidet. Verhindert werden soll ja nicht das Liefern von nicht leitungsgebundener Primärenergie in das Versorgungsgebiet des Verteilers, sondern auch hier nur die Lieferung von leitungsgebundener Energie. Die Primärenergie ist nur insoweit betroffen, als der Lieferer die leitungsgebundene Energie nicht selbst produziert, sondern die Produktion einem anderen Unternehmen überläßt²⁾.

-
- 1) Verträge der in § 103 Abs. 1 GWB bezeichneten Art sind nur freigestellt, soweit sie die Versorgung über feste Leitungswege betreffen. Sie sind sogar dann nicht freigestellt, wenn die an sich leitungsgebundene Energieart auf andere Weise transportiert wird, z.B. Flaschengas. Vgl. E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft", S. 165; P.F. Koepfel, "Typische Verträge der Energiewirtschaft in kartellrechtlicher Betrachtung" S. 36, mit allerdings wenig verständlicher Begründung.
- 2) Bei Lieferung von Gas über feste Leitungswege paßt der obige Einwand ohnehin nicht.

Schwerwiegender und auch ausschlaggebend ist hier das Argument der Einbeziehung von dritten Unternehmern in den Demarkationsvertrag. Im vorhergehenden Fall war dieses ja nur deshalb zulässig, weil keine schutzwürdigen Interessen der einbezogenen Dritten verletzt wurden. Deshalb war es auch notwendig, die Eingriffskriterien für eine Meistbegünstigungsverpflichtung sehr hoch anzusetzen, um die Verteiler nicht in ihrer eigenen Investitionstätigkeit zu beschränken. Die Verteiler, an deren Preis der Preis des klauselverwendenden Verteilerunternehmens geknüpft war, erfüllten nur Weitergabefunktionen; insbesondere betraf das mit der Notwendigkeit, Spitzenkapazitäten bereitzuhalten, verbundene Risiko nicht die Verteiler, sondern letztendlich den Lieferer. Diese Gründe für die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel können hier nicht durchgreifen. Das Investitionsrisiko trifft hier auch und gerade die anderen produzierenden Unternehmen, die bei der "Umgehung" als Verteiler eingeschaltet werden; denn anders als die Verteiler im vorherigen Fall produzieren sie die von ihnen gelieferte Energie selbst. Daher trifft gerade das mit der Notwendigkeit verbundene Risiko, die für Deckung des Spitzenbedarfs notwendigen Kapazitäten vorzuhalten, diese Produzenten¹⁾.

1) Insoweit liegt die Situation anders als bei der indirekten Belieferung mit leitungsgebundener Energie; vgl. die Begründung von Scheuten-Tegethoff II Rdn. 129.

Auch bezüglich der Energieproduktion haben sie Investitionen getätigt, die durch die demarkierende Wirkung der Meistbegünstigungsklausel gefährdet werden. Das ist aber mit dem Sinn und Zweck der Freistellung, nämlich dem Schutz von Investitionen eines Energieversorgungsunternehmens für leitungsgebundene Energie, nicht vereinbar. Die Klausel richtet sich also nicht nur gegen das die Demarkation umgehende Lieferunternehmen, demgegenüber der Verteiler ein berechtigtes Interesse an der Meistbegünstigungsklausel hat, sondern auch gegen die potentiellen Konkurrenten des Klauselverwenders. Da aber eine solche Demarkation gegenüber Dritten unzulässig ist, wie bereits dargetan wurde, darf auch nicht zur Vermeidung von Umgehungen von Demarkationsverträgen eine Einbeziehung der Dritten in die Demarkation erfolgen.

Daher ist eine Meistbegünstigungsklausel als Mittel gegen Umgehungen eines Demarkationsvertrages nur dann zulässig, wenn sie sich auf indirekte Lieferung derjenigen leitungsgebundenen Energie erstreckt, wegen derer die Demarkation erfolgt. Erstreckt sie sich hingegen auf eine andere, eventuell sogar nicht leitungsgebundene Energieart, ist sie von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht erfaßt und daher unzulässig.

d) Die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel als Teil eines Verbundvertrages

Zu untersuchen bleibt, ob die Meistbegünstigungsklausel auch als Bestandteil von Verbundverträgen von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfaßt ist. Da Verbundverträge nur einen Vertragstyp, also eine Vielzahl von Regelungen darstellen, ist die Frage des Erfaßtwerdens von Nebenabreden

nicht problematisch, soweit eine Neben- oder besser Teilabrede im Zusammenhang mit dem Verbundvertrag steht, gehört sie zu diesem. Anders als § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB schreibt § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB keinen bestimmten Vertragsinhalt vor. So können die Lieferung betreffende Verträge u.U. als Verbundverträge im Sinne des § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB gelten; als bestimmte Versorgungsleistungen sind auf jeden Fall Lieferungen leitungsgebundener Energie anzusehen¹⁾. Voraussetzung ist allerdings, daß die Abrede zu einem gemeinsamen Zweck erfolgt, z.B. zur Arbeitsteilung zur Sicherstellung der Energieversorgung; reine Austauschverträge werden nicht erfaßt.

aa) Der Einsatz der Meistbegünstigungsklausel bei Verbundverträgen

In vielen Fällen werden Verbundverträge dadurch geschlossen, daß mehrere Unternehmen sich gegeneinander verpflichten, wechselseitig eine bestimmte Kapazität für die Lieferung vorzuhalten²⁾. Eine solche Abrede könnte auch in einem Lieferungsvertrag enthalten sein, sofern dadurch nicht nur das Abnehmerunternehmen bessergestellt wird - dann läge ein reiner Austauschvertrag vor - sondern beide Unternehmen zum Zwecke der Kooperation, also zu

1) Ob auch weitergehende Versorgungsleistungen unter § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB fallen, ist streitig. Vgl. dazu Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft" S. 199 f, der dieses verneint, und Scheuten-Tegethoff, der das bejaht, II § 103 Rdn. 243.

2) Entspr. H. Schelberger in GK 2. Aufl., § 103 Rdn. 15, 16; Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 245. .

einem gemeinsamen Zweck, handeln¹⁾. Dadurch wird sichergestellt, daß in dem vom Verbund belieferten Gebiet auch der Spitzenbedarf ohne erhöhte Investitionstätigkeit eines Einzelunternehmens gedeckt werden kann²⁾. Dem einzelnen Verbundmitglied ist es möglich, im Falle der Überlastung auf die Leistungen eines anderen Unternehmens zurückzugreifen, so daß es seine Durchschnittskapazität in vernünftigem Rahmen halten kann, was sich wiederum positiv auf den Energiepreis auswirkt.

Allerdings sind solche Verträge, enthalten sie keine Abrede bzgl. der Preisgestaltung im Falle der Inanspruchnahme der vorgehaltenen Energie, verführerisch für den jeweiligen, die Leistung vorhaltenden Lieferer. Er könnte die Situation in einem solchen Falle ausnützen, indem er für die Energieleistung überhöhte Preise verlangt, weil die vorgehaltene Kapazität ja gewissermaßen aus dem Wettbewerb genommen ist und der jeweilige Abnehmer auf die Inanspruchnahme der Verbundleistung in dem Moment angewiesen ist. Ein solcher Verbundvertrag soll ja gerade für den Fall der plötzlichen Überlastung vorsorgen, beruht also letztlich auf dem Gedanken, daß es dem die Leistung in Anspruch nehmenden Verbundmitglied gerade nicht

1) Scheuten-Tegethoff, II § 103 Rdn. 246, weist auf die Möglichkeit hin, einen Verbund durch eine Vielzahl von Einzelabreden zu begründen.

2) R. Lukes, "Preisvergleich und Strukturvergleich" S. 8 unter Verweis auf die Stellungnahme der Bundesregierung zu den Ausnahmebereichen, BTDrS 7/3206 S. 32 Nr. 116; ebenso H. Schelberger in GK 2. Aufl. § 103 Rdn. 14; Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 232, 233.

möglich ist, sofort auf andere auszuweichen. Außerdem besteht gerade dann, wenn an dem Verbundvertrag mehrere Unternehmen beteiligt sind, ein Interesse daran, eine Zersplitterung der Preise der Verbundmitglieder zu vermeiden und für eine halbwegs einheitliche Preisgestaltung zu sorgen. Daher ist es sinnvoll, eine Preisbindung bzgl. der Preise, die den Verbundmitgliedern gewährt werden, vorzunehmen¹⁾. Die dabei vorgenommene Preisbindung müßte aber berücksichtigen, daß andererseits auch das zur Vorhaltung der bestimmten Versorgungsleistung verpflichtete Unternehmen belastet ist, weil es über diese ausschließlich dem Verbund zu gewährende Versorgungsleistung nicht frei verfügen kann.

Den Interessen der am Verbund beteiligten Unternehmen ließe sich in diesem Sinne am besten durch die Verwendung der Meistbegünstigungsklausel nachkommen, die ja relativ gesehen "preisbindend" wirkt²⁾. Da die Klausel eine Schlechterstellung des Klauselverwenders gegenüber Dritten verhindert, wäre sichergestellt, daß trotz der Herausnahme der Verbundleistung aus dem Wettbewerb die Verbundmitglieder nicht gegenüber anderen übervorteilt würden. Gewähren die Verbundmitglieder einander die Meistbegünstigung, wird der jeweils günstigste Preis als einheitliche Grundlage für die Gestaltung der

1) In der "Amtlichen Begründung" zum Gesetzesentwurf wird von der Notwendigkeit von Preisbindungen folgerichtig ausgegangen; vgl. Anl. 1 zu BTDrS 2/1158; Nachweis bei Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 232.

2) Vgl. die Begründung des BKartA in der "Metro"-Entscheidung, BKartA WUW/E BKartA 1583, 1584.

Preise gegenüber den Verbundmitgliedern festgelegt. Auf diese Weise vereinheitlicht sich die Preisgestaltung innerhalb des Verbundes¹⁾. Andererseits sind auch die Interessen des jeweiligen Lieferers gewahrt. Er kann die Kalkulation bzgl. der vorzuhaltenden Menge an seine Gesamtkalkulation anschließen und braucht nicht zu befürchten, daß ihm die Preisbindung in der Verbundverpflichtung bei ungünstiger Entwicklung der Preise gegenüber seinen anderen Abnehmern zum Schaden erwächst; auch in diesem Falle passen sich die Verbundpreise an. Insgesamt läßt sich also sagen, daß in einem solchen Verbundvertrag die Meistbegünstigungsklausel allen Beteiligten eine vernünftige langfristige Kalkulationsgrundlage gibt, ohne sie so sehr zu binden wie eine feste Preisbindung, weil eine Anpassung an veränderte Preisverhältnisse praktisch automatisch erfolgt. Gerade im Hinblick auf die langfristige Errichtung eines Verbundes erscheint die Aufnahme einer Meistbegünstigungsklausel in einen Verbundvertrag, bei dem sich Energieversorgungsunternehmen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks die ausschließliche Zurverfügungstellung bestimmter Versorgungskapazitäten versprechen, als zweckmäßig und sowohl für die jeweiligen Lieferanten als auch für die jeweiligen Abnehmer interessengerecht.

1) Ähnlich wie die Wirkung des GATT, vgl. K. Rose in Staatslexikon der Görres-Gesellschaft Sp. 656.

Interessen Dritter werden dagegen nicht berührt. Die Gefahr, daß der zur Verfügungstellung der Versorgungsleistung Verpflichtete aufgrund seiner Anpassungspflicht dazu verleitet wird, Preissenkungen ganz zu unterlassen, was die Preise hochtreiben würde, besteht nicht. Die Anpassungspflicht entsteht nur gegenüber dem verhältnismäßig kleinen Kreis der Mitglieder des Verbundes und nur für die vorgehaltene Menge, und sie konkretisiert sich in vollem Umfange nur dann, wenn die vorgehaltene Kapazität auch abgerufen wird¹⁾. Daher haben die Anpassungspflicht und die durch sie entstehenden Nachteile für den jeweiligen Lieferer nur eine untergeordnete Bedeutung.

Anders als bei Demarkationsverträgen besteht auch nicht die Gefahr des wettbewerblichen Ausschlusses von Dritten. Dritte Abnehmer können nur dann beeinträchtigt werden, wenn der klauselverwendende Abnehmer sich durch die Meistbegünstigung einen wettbewerblichen Vorteil verschafft. Darauf ist die Meistbegünstigung beim Verbundvertrag aber nicht gerichtet. Da sie nur die vorgehaltene Menge betrifft, kann sie die Kalkulation des Abnehmers auch nur hinsichtlich dieser günstig beeinflussen. Dieser Nachteil ist nicht schwerwiegender als der, daß die vorgehaltene Menge vom Dritten nicht abgerufen werden kann, weil sie ausschließlich dem Klauselverwender zur Verfügung steht.

1) Insoweit besteht ein Unterschied zu den vorher diskutierten Fällen, bei denen die Anpassungspflicht für den zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferer allgegenwärtig ist.

Vgl. Löhr-Löhr BB 1975, 1370, 1371.

Hingewiesen werden muß aber darauf, daß die Verwendung der Meistbegünstigungsklausel sich nur dann rechtfertigt, wenn der Verbundvertrag die Bereitstellung von leitungsgebundenen Energiekapazitäten regelt. Folgt man der Ansicht, daß Versorgungsleistungen auch andere Leistungen als die Energielieferung sein können¹⁾, so ist die Meistbegünstigungsklausel hinsichtlich dieser Verträge nicht zu rechtfertigen. Die Meistbegünstigungsklausel betrifft typischerweise nur die Gestaltung von Lieferverträgen oder Verträgen betreffend andere entgeltliche Leistungen. Ein Zusammenhang zwischen der Preisgestaltung von Energielieferverträgen und z.B. einem Durchleitungsvertrag, der eine entsprechende Klausel rechtfertigen könnte, besteht nicht, und das Problem einer Meistbegünstigungsklausel bzgl. der Konditionen für andere Versorgungsleistungen stellt sich nicht, da bei einem Verbund zwischen mehreren Unternehmen ohnehin wegen des einheitlichen Vertrages die gleichen Konditionen gelten. Bindet sich ein Unternehmen in mehreren verschiedenen Verbundverträgen²⁾, so ist kein Interesse für die anderen Mitglieder der einzelnen Verbunde an die Konditionen der anderen anzuknüpfen ersichtlich, so daß eine Meistbegünstigungsklausel, wonach die jeweils günstigsten Bedingungen eines anderen

1) So Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 243.

2) Das bezieht sich auf die Fälle, wo ein Unternehmen z.B. dem Verbund A einen Teil seines Leitungsnetzes, den anderen Teil dem Verbund B zur ausschließlichen Verfügung stellt.

Verbundvertrages auch den Mitgliedern des klauselverwendenden Verbundes gewährt werden müssen, nicht zulässig ist.

Sachlich zu rechtfertigen ist die Meistbegünstigungsklausel daher nur, wenn die ausschließliche Bereitstellung oder Lieferverpflichtung bestimmter Energiekapazitäten vereinbart wird.

bb) Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel

Es ist also zu prüfen, ob in diesem Falle, und wenn ja, in welcher Form die Meistbegünstigungsklausel von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfaßt wird.

(1) Der Umfang der Freistellung nach § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB

Wie schon ausgeführt, verstößt die Meistbegünstigungsklausel gegen § 15 GWB. Die Freistellung nach § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist also nur möglich, wenn diese Vorschrift einen Verbundvertrag auch tatsächlich von der Wirkung des § 15 GWB befreit. Das aber ist streitig.

Der Streit beruht darauf, daß durch die Forderung eines gemeinsamen Zwecks für den Verbundvertrag der tatsächliche Anwendungsbereich der Vorschrift stark eingeschränkt ist¹⁾. So scheiden alle Austauschverträge aus. Außerdem wirken nicht alle Verbundabreden wettbewerbsbeschränkend. Das könnte nur dann der Fall sein, wenn derjenige, der seine Leistung ausschließlich einem anderen EVU zur Verfügung stellt, Verpflichtungen hinsichtlich

1) Vgl. H. Fischerhof BB 1958, 135, 136;
Langen-Niederleithinger-Schmidt
§ 103 Rdn. 9

der Gestaltung von zukünftigen Verträgen mit Dritten eingeht. Stellt er aber nur einen Teil seiner Leistungen ausschließlich dem Verbund zur Verfügung und kann er über den Rest frei verfügen, so verhält es sich nicht anders als bei einem Kaufvertrag, bei dem der Verkäufer einen Teil seiner Waren verkauft hat. Auch er ist in seinen Handlungen nicht wettbewerbsbeschränkend behindert, die Lieferbindung durch Abnahme der veräußerten Leistung ist rein tatsächlich und daher erlaubt¹⁾. Somit beschränkt sich die Anwendung von § 103 Abs. 1 Nr. 4 in den meisten Fällen auf echte Kartelle gem. § 1 GWB, so daß eine Freistellung auch meist nur diese Vorschrift betrifft.

Aus dieser tatsächlichen Beschränkung des Anwendungsbereiches von § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB wird allerdings der Schluß gezogen, daß § 103 Abs. Nr. 4 GWB daher nur von § 1 GWB freigestellt, nicht hingegen von den §§ 15, 18 GWB²⁾. Die Konsequenz dieser Ansicht wäre, daß auch die einzelnen Teile eines Verbundvertrages nur von § 1 GWB freigestellt würden; also wären die gegen § 15 GWB verstoßenden Preisbindungen in Verbundverträgen nichtig und die Ausschließlichkeitsbindungen wären nicht nach § 104 GWB, sondern nach § 18 GWB kontrollierbar. Die Meistbegünstigungsklausel wäre als Form der Preisbindung oder, besser gesagt, der vertikalen Bindung ebenfalls nicht von § 15 GWB freigestellt und somit unzulässig.

1) Vgl. E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft" S. 201 ff.

2) So E. Niederleithinger, "Die Stellung der Versorgungswirtschaft" S. 167;
A. Cordt, "Die deutsche Energiewirtschaft im Kartellrecht", DÖW 1958, 56, 58.

Für eine solche Auslegung des § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB spricht der Wortlaut dieser Vorschrift, der durch die Forderung des Tatbestandsmerkmals "gemeinsamer Zweck" tatsächlich nur auf die kartellmäßige Freistellung hinzudeuten scheint¹⁾. Sinn und Zweck sowie die Systematik der Vorschrift widerlegen dieses jedoch²⁾.

Schon in der amtlichen Begründung zu § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB wird die Preisbindung als typisches Merkmal der Verbundverträge angesehen, soweit diese den überregionalen Austausch von Energie regeln. Daher wird eine besondere Ausnahme für nötig erachtet, da die Freistellung von Rationalisierungskartellen in § 5 GWB, auch ein Verbundvertrag ist letztlich ein solches Kartell, wegen ihrer engen Fassung nicht auf Preisbindungen erstreckt werden kann³⁾. Das kann nur bedeuten, daß auch der Gesetzgeber eine Freistellung vom § 15 GWB bezweckte. Auch der Aufbau des § 103 Abs. 1 GWB bestätigt das. Dort sind die §§ 1, 15, 18 GWB gleichwertig nebeneinander aufgeführt, und nichts spricht dafür, daß die Freistellung der einzelnen Abreden nur einzelne Vorschriften erfassen soll⁴⁾. Eine solche Beschränkung wäre auch gerade wegen des Verhältnisses

1) E. Niederleithinger a.a.O.

2) Selbst E. Niederleithinger, a.a.O., äußert Zweifel an der eigenen Ansicht.

3) BT-Drucks II/1158 Anl. 1, siehe Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 232.

4) Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 236.

von § 1 GWB und § 18 GWB wenig sinnvoll. Es würden dann die weitaus schwerwiegenden Kartelle, die gem. § 1 GWB grundsätzlich unzulässig sind, freigestellt, während die unter § 18 GWB fallenden Abreden, die nur in Ausnahmefällen aufgehoben werden, nicht freigestellt würden und folglich unzulässig wären¹⁾.

Daß es in § 103 Abs. 1 GWB einen Freistellungs-
tatbestand gibt, der nur von einer Vorschrift frei-
stellt, obwohl sich vom Wortlaut her auch dieser
Tatbestand auf die Freistellung von den §§ 1, 15,
18 GWB bezieht, nämlich § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB²⁾,
widerspricht dieser Ansicht nicht. Die in § 103
Abs. 1 Nr. 3 GWB geregelte Höchstpreisabrede ist
eine Preisbindung, die an sich gegen § 15 GWB
verstößt, nicht aber gegen §§ 1, 18 GWB. Die Tat-
sache, daß eine Freistellung nur von § 15 GWB
erfolgt, beruht nicht darauf, daß der Gesetzgeber
nur eine Freistellung von § 15 GWB bezweckte,
sondern darauf, daß eine Höchstpreisabrede weder
ein Kartell noch eine von § 18 GWB erfaßte Vor-
schrift ist, so daß die Freistellung von §§ 1, 18
GWB überflüssig ist. Der Gesetzgeber hat also bei
§ 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB sozusagen "des Guten zuviel
getan"³⁾. Bei Verbundverträgen ist aber nicht
nur wegen des "gemeinsamen Zwecks" für den Verbund-
vertrag § 1 GWB anwendbar, sondern auch bei im
Vertrag enthaltenen Preisbindungen § 15 GWB und
bzgl. der Ausschließlichkeitsbindung § 18 GWB.

1) So auch Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 235.

2) Argument nach Scheuten-Tegethoff II, § 103
Rdn. 237.

3) Vgl. Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 238.

Es besteht also bei § 103 Abs. 1 Nr. 4, anders als bei Nr. 3, ein Bedürfnis nach der Freistellung.

Es kann also nicht behauptet werden, § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB stelle Verbundverträge nur von § 1 GWB frei. Die Freistellung erfaßt vielmehr auch §§ 15, 18 GWB¹⁾. Danach sind Teile von Verbundverträgen, die an sich gegen § 15 GWB verstoßen, von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfaßt. Eine Meistbegünstigungsklausel, die als Bestandteil eines Verbundvertrages im oben ausgeführten Sinne dem Verbund dienlich ist, ist damit vom Verbot des § 15 GWB freigestellt.

(2) Form der Meistbegünstigungsklausel

So stellt sich zuletzt die Frage nach der Form der Meistbegünstigungsklausel in Verbundverträgen.

Da die Klausel nur als Kalkulationsgrundlage dienen und nur eine Sicherstellung der Gleichbehandlung und Anpassung der Preise bei den Verbundmitgliedern ermöglichen soll, verbietet sich wiederum die Anwendung der "Blitzgeräteklausel", die eine Besserstellung der Dritten ausdrücklich ausschließt. Eine solche Anknüpfung der Preise der Dritten an die der Verbundmitglieder ist durch das Interesse an der Gleichbehandlung der Verbundmitglieder mit den Dritten gerechtfertigt, weil sie die Preisgestaltung der Dritten direkt beeinflußt und daher über das durch die Klausel beim Verbundvertrag angestrebte Ziel hinausgeht. Diesem Ziel wird nur durch die Verwendung der "Schuh-" oder der "Metroklausel" entsprochen. Speziell die letztere, die

1) Vgl. Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 239; auch R. Lukes, "Preisvergleich und Strukturvergleich" S. 8. Auch H. Fischerhoff, BB 1958, 135, 136, geht nur von der tatsächlichen Anwendbarkeit der Freistellung aus; vgl. auch Scheuten-Tegethoff II, § 103 Rdn. 240.

ja vom Wortlaut her nur die Preisgestaltung im Verhältnis des Lieferers zum Klauselverwender beeinflusst, dürfte wegen der Anpassungspflicht, die sie dem Lieferer auferlegt, in Verbundverträgen interessant sein.

Daraus, daß die Klausel nur als Kalkulationsgrundlage dienen soll, könnte außerdem zu schließen sein, daß die Klausel bedingt sein muß, um dem jeweiligen Lieferer die notwendige Differenzierung zwischen seinen Abnehmern zu erlauben. Eine solche Bedingtheit hätte aber entscheidende Nachteile für den Verbund. Sie würde nämlich zwischen den Verbundmitgliedern zu einer Zersplitterung der preislichen Grundlage führen, da die Mitglieder naturgemäß nicht alle gleich strukturiert sein werden, so daß die Preisgestaltung für die Verbundmitglieder je nach den vergleichbaren Drittabnehmer und den entsprechenden Lieferverhältnissen unterschiedlich wäre. Das aber liefe dem Ziel der Vereinheitlichung der Preisgestaltung entgegen. Interessengerecht wäre es vielmehr, einen einheitlichen Preis für die Abnahme innerhalb des Verbundes festzusetzen. Nichts spricht nach der Interessenlage im Verbund dagegen, als solchen einheitlichen Preis den jeweils günstigsten Preis gegenüber anderen Abnehmern des jeweiligen Lieferers festzusetzen. Ein Preiswettbewerb soll zwischen dem Verbund und den Dritten ohnehin nicht stattfinden. Das verstieße auch nicht, unabhängig davon, ob dieses überhaupt gilt, gegen ein strenges Gleichbehandlungsgebot gegenüber Drittabnehmern. Die bereit gestellte Energiemenge steht ausschließlich dem Verbund, nicht aber dem Drittabnehmer zur Verfügung. Deshalb sind Lieferungen an den Verbund und Lieferungen an Drittabnehmer nicht vergleichbar.

Das gilt unabhängig davon, ob der Verbundvertrag so gestaltet ist, daß sich die beteiligten Unternehmen gegenseitig die Vorhaltung einer bestimmten Leistung versprechen¹⁾, oder ob sich ein Teil der Mitglieder zur Lieferung dieser Menge an den Verbund verpflichtet, während der andere Teil die Verteilung übernimmt; wenn also der Verbundvertrag eine Art Liefervertrag enthält²⁾. In beiden Fällen handelt es sich um Leistungen an den Verbund, die aus der Verfügbarkeit und damit aus den Wettbewerbsmöglichkeiten des Lieferers herausgenommen worden sind und daher von den normal vergebenen Leistungen des Lieferers unterschieden werden müssen. Der jeweilige Lieferer müßte daher auch nicht befürchten, daß er bei einer Besserstellung der Verbundmitglieder die anderen, dritten, Abnehmer diskriminiert. Daher ist er in der Bestimmung des Preises seiner Leistungen gegenüber dem Verbund frei und kann dieses auch unter Verwendung der Meistbegünstigungsklausel tun.

Das heißt natürlich nicht, daß er das auch muß. Genauso gut ist es möglich, Beschränkungen wie Leistungs- oder Verhältnisbedingtheit in die Klausel aufzunehmen. Ein Interesse des einzelnen Verbundmitgliedes kann insoweit bestehen, als die Kalkulation, die ihn gegenüber dem günstigst belieferten Abnehmer zu der Begünstigung geführt hat, beim Verbund nicht vorliegt und insofern der Vergleich mit dem anderen Abnehmer bzgl. der dem Verbund zur Verfügung stehenden Leistungen für ihn nachteilig ist.

1) Vgl. Scheuten-Tegethoff II § 103 Rdn. 246.

2) Vgl. H. Schelberger in GK 2. Aufl.
§ 103 Rdn. 15.

Dann kann es für ihn von Interesse sein, die Anpassungspflicht in irgendeiner Weise einzuschränken. Ob und wie dieses im Verbundvertrag geregelt wird, ist aber Sache der Verbundmitglieder.

Demnach ist unter der geschilderten Konstellation eine unbedingte Meistbegünstigungsklausel nach Muster der "Schuh"- oder "Metroklausel" zulässig. In einen Verbundvertrag ließe sich also, soweit er die Bereitstellung oder Lieferung einer Kapazitätsleitungsgebundener Energie ausschließlich an die Mitglieder eines Verbundes regelt, folgende Klausel aufnehmen:

"Wegen des Preises der bereitgestellten Leistung gewähren sich die Vertragspartner die Meistbegünstigung. Sollte also eines der Verbundmitglieder einem nicht zum Verbund gehörenden Abnehmer günstigere Preise gewähren als dem Verbund (oder dem Verbundverteiler), so ist er verpflichtet, den Verbundmitgliedern den gleichen Preis zu gewähren."

Diese Klausel würde den jeweiligen Lieferer wegen der Ausschließlichkeit der Leistung bzgl. anderer Leistungen an dritte Abnehmer nicht behindern, sondern würde hier eine im Rahmen des Verbundvertrages zulässige Preisfestlegung gegenüber Verbundmitgliedern bedeuten.

3. Teilergebnis

Somit läßt sich also als drittes Teilergebnis der Untersuchung festhalten, daß Meistbegünstigungsklauseln, die den Lieferer verpflichten, den Klauselverwender nicht schlechter zu stellen als andere Abnehmer, oder bei einer Besserstellung der anderen den Klauselverwender daran teilhaben

zu lassen, bei Verträgen zwischen Energieversorgungsunternehmen über die Bereitstellung oder Lieferung von leitungsgebundener Energie zulässig sein können, wenn sie von der Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1, 4 GWB erfaßt sind.

Einmal können sie bei einem Demarkationsvertrag zwischen einem sowohl an Verteilerunternehmen als auch direkt liefernden Unternehmen und einem Verteiler zulässig sein, indem sich das Lieferunternehmen verpflichtet, nicht in das demarkierte Versorgungsgebiet des Verteilers zu liefern. Eine Meistbegünstigungsklausel, die an die Preise gegenüber anderen potentiell in das Gebiet liefernden Verteilern anknüpft, kann verhindern, daß der Lieferer die Demarkation durch indirekte Lieferung über diese Verteiler umgeht. Die Klausel darf aber nur die Umgehungsfälle erfassen, um nicht die anderen Verteiler bei der Lieferung auf eigenes Risiko in das Gebiet zu behindern. Dann ist die Meistbegünstigungsklausel als der Demarkation dienende Nebenabrede gem. § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB von der Anwendung des § 15 GWB ausgeschlossen und daher zulässig.

Zulässig ist die Meistbegünstigungsklausel auch als Bestandteil eines Verbundvertrages im Sinne von § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB, wenn mehrere Energieversorgungsunternehmen einander zum Zwecke der Arbeitsteilung bei der Sicherung der Energieversorgung versprechen, bestimmte Energiekapazitäten leitungsgebundener Energie ausschließlich den Verbundmitgliedern zur Deckung des Spitzenbedarfes vorzuhalten, oder wenn mehrere Lieferunternehmen im Verbund versprechen, einem oder mehreren Verteilerunternehmen, die ebenfalls dem Verbund angehören, bestimmte Lieferkapazitäten ausschließlich zu liefern. Eine Meistbegünstigungsklausel, die an die Preise gegenüber dritten

Abnehmern anknüpft, dient in solchen Verträgen nicht dazu, den Preiswettbewerb auszuschließen, sondern im Hinblick auf die langfristige Bindung im Verbundvertrag für eine anpassungsfähige einheitliche Kalkulationsgrundlage zu sorgen. Sie ist dann gem. § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB von der Anwendung des § 15 GWB freigestellt.

II. Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel außerhalb der Ausnahmereiche des § 103 GWB

Die hier angesprochenen Verträge von Unternehmen der leitungsgebundenen Energieversorgung betreffen freilich nur einen kleinen Teilbereich, nämlich nur Lieferverträge bzw. die Lieferung von leitungsgebundener Energie betreffende Verträge in Form von Demarkations- und Verbundverträgen, bei denen beide Parteien des Vertrages Versorger mit leitungsgebundener Energie sind. Die anderen Lieferverträge, bei denen Energieversorger der leitungsgebundenen Energie beteiligt sind, werden von den Ausnahmereichen des § 103 Abs. 1 GWB nicht erfaßt. Die Beurteilung einer Meistbegünstigungsklausel in diesen Verträgen muß sich nach den allgemeinen Regeln über die Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln richten.

Zu unterscheiden sind insoweit die Verträge, in denen Energieversorgungsunternehmen als Lieferer leitungsgebundener Energie auftreten, und die Verträge, bei denen die Energieversorgungsunternehmen der leitungsgebundenen Energie nicht leitungsgebundene Primärenergie zur Produktion beziehen. Die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel richtet sich also danach, ob der jeweilige Lieferer als Monopolist ein nicht oder nur schwer substituierbares Produkt liefert. Ferner ist zu prüfen,

ob durch die Besonderheiten der jeweiligen Verhältnisse auf der Abnehmerseite eventuell Ausnahmen von der generellen Unzulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel bestehen.

1) Verträge über die Lieferung leitungsgebundener Energie

Zunächst gilt es, die Situation bei Lieferverträgen betreffend leitungsgebundene Energie zu untersuchen. Im einzelnen kommt es dabei auf die Wettbewerbssituation bei den einzelnen Energiearten Gas, Elektrizität und Wasser an. Weiter sind zu unterscheiden die einzelnen Abnehmer, einmal die Tarif- und die Nichttarifabnehmer, die sogenannten Sonderabnehmer, und schließlich andere EVU's, soweit die Lieferverträge nicht unter die Freistellungstatbestände fallen. Die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel in den einzelnen Lieferverträgen richtet sich nämlich bzgl. einzelner Gestaltungsformen danach, auf welche anderen Abnehmer Bezug genommen werden darf, denn es ist nicht nur zulässig, wörtlich auf "gleichartige" Abnehmer Bezug zu nehmen, sondern auch, den gleichartigen Abnehmerkreis ausdrücklich zu nennen.

a) Die Monopolstellung der Energieversorgungsunternehmen

Soweit es die Situation auf der Anbieterseite der leitungsgebundenen Energieversorgung betrifft, ist festzustellen, daß die Anbieter, soweit sie

leitungsgebundene Energie liefern, Monopolisten sind ¹⁾. Diese Monopolstellung der Energieversorger beruht auf der Freistellung der Gebietsschutzverträge durch § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 GWB. Sie ermöglichen es den EVU's, ihre Versorgungsgebiete gegeneinander abzugrenzen und sich auf diese Weise gegenseitig auszuschließen. Diese Freistellungsmöglichkeit hat zu einer weitgehenden, praktisch lückenlosen Aufteilung der Versorgungsgebiete geführt mit dem Ergebnis, daß ein örtlicher Abnehmer es bei einer Energieart gewöhnlich nur mit einem Anbieter zu tun hat und ihm ein Ausweichen auf andere Anbieter der gleichen Energieart nicht möglich ist, weil sich diese in der Regel gegenüber dem anderen verpflichtet haben, nicht in dessen Versorgungsgebiet hinein zu liefern. Gleiches geschieht bei der Gewährung ausschließlicher Durchleitungsrechte an eine Gebietskörperschaft. Dadurch wird anderen Energieversorgungsunternehmen die

1) Daß sie jedenfalls Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB sind, ist allgemein anerkannt; K. Ballerstedt, "Energierrechtliche Probleme der §§ 103, 22, 26 GWB, VEnergR 5, S. 5 f;
H. Schwaiger, "Zum Abschlußzwang des Leitungsinhabers in der Energiewirtschaft", WUW 1968, 425;
H.-R. Ebel NJW 1976, 700 ff;
Die Monopolkommission hat daher ebenfalls die verstärkte Anwendung von § 26 Abs. 2 GWB auf Energieversorger gefordert; Hauptgutachten 1973/75 Tz 765.

Möglichkeit genommen, in das Gebiet der betreffenden Gebietskörperschaft Energie zu leiten. Dadurch werden die Abnehmer auf dem Gebiet der betreffenden Gebietskörperschaft, und auch diese selbst, von den Lieferungen des begünstigten EVU abhängig ¹⁾. Auf diese Weise werden die EVU's zu echten Monopolisten, denn der Gebietsschutz verleiht ihnen die Möglichkeit zur ausschließlichen Belieferung eines räumlich begrenzten Marktes. Somit sind die Energieversorger, soweit die leitungsgebundene Energie liefert, bezüglich des jeweils demarkierten Gebietes Monopolisten ²⁾. Diese Monopolstellung erstreckt sich bei sogenannten mittelbaren Demarkation auch auf Energieversorgungsunternehmen, soweit die als Abnehmer in Frage kommen.

1) W. Dörinkel, "Die Elektrizitätswirtschaft im Kartellrecht", DB 1965, 1808 f.

2) W. Dörinkel a.a.O.;

G. Malzer, "Energieversorgung und Kartellgesetz" WUW 1959, 780, 784 f;

A. Cordt DOW 1958, S 64;

F. Lanzenberger GWG 1959, 789, 794;

P. Gieseke GWF 1958, 719, 723;

G. Schönauer, "Das Wettbewerbsgesetz und seine Bedeutung für die Energiewirtschaft", GWF 1958, 397, 402;

P. Salje, "Preismissbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen", S. 49; auch

G. Malzer, "Das Recht der Energielieferungsverträge", S 118, 119.

Kritisch dazu vor allem H. Fischerhof, "Wettbewerb in der Energiewirtschaft und im GWB"; WUW 1959, 328, 333.

J. Resch, "Preisbildung in der Energiewirtschaft" S. 118 ff, geht unter Berufung auf H. Frewer, "Die theoretischen Zusammenhänge in der Energiepreisbildung bei Tarifabnehmern", S. 25, ebenfalls vom Monopol des Energieversorgungsunternehmens aus.

b) Die Substitutionsmöglichkeit bei leitungs-
gebundener Energie

Ob diese Monopolstellung die Anwendung einer Meistbegünstigungsklausel rechtfertigt, hängt davon ab, ob und inwieweit die betreffende Energieart substituierbar ist.

aa) Die besondere Situation der Verteiler-
unternehmen

Eine besondere Situation hinsichtlich der Substituierbarkeit der einzelnen Energiearten besteht hinsichtlich der Verteilerunternehmen. Diese sind nämlich je nach ihrer Aufgabe und ihrem Kundenkreis dazu verpflichtet, ihren Kunden die jeweils gewünschte Energie vorzuhalten. Als Beispiel können die gemeindlichen Eigenbetriebe zur Versorgung der Abnehmer im Gemeindegebiet genannt werden. Häufig stehen in der Endverteilerstufe der Verteilung leitungsgebundener Energie gemeindliche Eigenbetriebe, und zwar städtische Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke. Solchen Werken ist eine Substitution mit anderen Energieträgern schlechthin unmöglich. Sie haben jeweils ihren speziellen Nachfragerkreis und müssen dessen Nachfrage befriedigen können. So finden sich gerade auf der Stufe der Endverbraucher in Gemeinden Abnehmer aller Energiearten, also von Strom, Gas und Wasser. Das typische der Verteilerunternehmen ist nun, daß sich ihre Tätigkeit fast ausschließlich auf die Verteilung von Energie beschränkt. So kommt es besonders bei Endverteilern selten vor, daß dieses Gas oder Strom selbst produzieren, weil der Betrieb solcher Produktionsanlagen zu kostspielig ist. Allenfalls bei Wasser produzieren diese Unternehmen selbst. Die Produktionskapazitäten sind jedoch naturgemäß beschränkt, so daß örtliche

Wasserversorgungsunternehmen gewöhnlich auf zusätzliche Lieferung von Wasser angewiesen sind. Das wiederum macht sie im Falle einer Demarkation von den Lieferunternehmen abhängig. Für die Substitutionsmöglichkeit ergibt sich daraus folgendes:

Das Ausweichen auf eine andere Energieart zur Substitution ist einem Verteilungsunternehmen, da es gerade die Verteilungsfunktion bzgl. einer bestimmten Energieart übernommen hat, schlechthin unmöglich. Die Monopolstellung eines Liefer.EVU's könnte insoweit nur durch Eigenproduktioneingeschränkt werden; ganz aufgehoben werden kann sie nie. Daher liegt auf dem Gebiet der Verteilerunternehmen Substitutionswettbewerb praktisch nie vor. Somit sind die Lieferunternehmen insoweit Lieferer eines nicht substituierbaren Gutes. Daher ist bei Weiterverteiltern die Situation für eine Verwendung einer Klausel nach Muster der "Metro"-klausel mit den erforderlichen Einschränkungen immer zulässig.

Unter diesem Gesichtspunkt sind auch von Gemeinden verwandte Meistbegünstigungsklauseln zulässig, soweit sie die Verteilung der leitungsgebundenen Energie selbst übernehmen. Sie sind insoweit als Verteilerunternehmen anzusehen. Ihr besonderes Interesse an der Meistbegünstigungsklausel ist vor allem dann erklärlich, wenn sie selbst durch Abschluß eines Konzessionsvertrages die Abhängigkeit und somit das Gebietsmonopol des Energieversorgers herbeigeführt haben ¹⁾.

1) Entspr. H. Meiberg ET 1960/61, 207, 209 f

bb) Die Substituierbarkeit für ander Abnehmer

Diese Besonderheit der Substitution besteht bei anderen Abnehmern nicht, weil sie nicht die spezielle Energieart weiterliefern müssen, sondern die Energieart für andere Zwecke verwenden. Die Substituierbarkeit der jeweiligen Energieart richtet sich insoweit danach, ob für den Zweck des Energiebezuges auch andere Energiearten verwandt werden können und ob ein Austausch zumutbar ist. Ist er das nicht, handelt es sich um ein nur schwer substituierbares Gut, was mit dem nicht substituierbaren gleichgesetzt werden kann.

Wasser wird als Trink- und Brauchwasser, z.B. zu Kühlzwecken oder zur Reinigung, verwandt. Insoweit ist es durch kein anderes Gut austauschbar und daher nicht substituierbar. Ein Ausweichen kommt allenfalls durch Eigenproduktion in Betracht, also durch Verwendung eigener Brunnen oder Bezug aus Flüssen. Diese Möglichkeit stellt sich aber in den seltensten Fälle, meistens nur bei Bezug von Trinkwasser für bestimmte Zwecke (Brauereien) oder Kühlzwecken. Ansonsten ist ein Eigenproduktion gewöhnlich zu kostspielig und nicht geeignet, den Gesamtbedarf zu decken. Im übrigen wird die Eigenproduktion beim Bezug über kommunale Einrichtungen gewöhnlich durch Ausüben des Anschluß- und Benutzungszwanges eingedämmt ¹⁾.

Bei Elektrizität gibt es drei Verwendungsmöglichkeiten Lichterzeugung, Kraftherzeugung und Wärmeerzeugung. Bei der Lichterzeugung ist die

1) Siehe dazu die Übersicht bei F.-L. Knemeyer, "Die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden", S. 23, 25.

Elektrizität durch Gas oder andere brennbare Stoffe ersetzbar, eine echte Substitutionsmöglichkeit gibt es jedoch nicht. Niemandem wird einfallen, z. B. statt der Glühbirnen eine Gasbrenner einzusetzen. Das ist darauf zurückzuführen, daß der Strom durch seine offensichtlichen Vorteile bei der Lichterzeugung sich hohe Präferenzen erworben hat, die die anderen möglichen Energieträger zur Bedeutungslosigkeit verdammt. Eine Umstellung auf andere Energieträger schließt sich aus, weil diese nicht in der Lage sind, die gleichen Leistungen an Helligkeit zu erbringen wie Strom und außerdem die Verwendung anderer Energiearten eine Weiter- oder gar Neuentwicklung der entsprechenden Technologie erfordern würde ¹⁾. Damit ist Strom für den Lichtmarkt nicht substituierbar.

Bei der Krafterzeugung, z. B. Verwendung von Strom zum Antrieb von Maschinen, ist Strom durch andere Energiearten substituierbar, hauptsächlich durch Erdöl. Seine Bedeutung hat der Strom insoweit bei der Verwendung von Maschinen. Bei Maschinen zum mechanischen Betrieb wäre theoretisch ein Austausch der strombetriebenen Aggregate durch andere Betriebsenergien möglich. Ein Ausweichen wäre aber auch dadurch möglich, daß die andere Energie zur Eigenproduktion von Strom verwendet würde. Auch hier besteht aber keine echte Substituierbarkeit. Die Vorteile der strombetriebenen Aggregate bzgl. Leistungsfähigkeit und Emissionsumfang machen die

1) J. Resch, "Preisbildung" S. 58 f;
Mönig-Schmitt-Schneider-Schürmann,
"Konzentration und Wettbewerb in der
Energiewirtschaft", S. 83.

Elektrizität auch hier konkurrenzlos ¹⁾, abgesehen davon, daß die Umstellung auf eine andere Energieart einen völligen Austausch der Maschinen verlangen würde ²⁾. Die andere Alternative, nämlich Ausweichen auf andere Energieträger durch Eigenproduktion, scheidet wegen der hohen Kosten eigener Stromerzeugender Anlagen aus ³⁾. Hier entstehen nicht nur die Kosten der anderen Energie, sondern auch noch die Kosten für Betrieb und Unterhaltung der Stromproduktionsanlagen. Damit ist der Strom zumindest nur schwer substituierbar.

Schließlich hat der Strom auch auf dem Wärme- markt seine Bedeutung. Er steht hier im Substitutionswettbewerb mit Gas, Erdöl und Kohle. Strom dürfte insoweit hauptsächlich zur Korrektur durch endverbrauchende Tarifabnehmer in Betracht kommen (Elektrospeicherheizung). Insoweit ist er voll substituierbar ⁴⁾. Die Abwanderungsschranken sind allerdings deshalb sehr hoch, weil eine Umstellung auf eine andere Energieart mit sehr hohen Folgekosten belastet wäre, vor allen Dingen deshalb, weil der Einsatz von technologisch völlig anders gearteter Energiewandler erforderlich wäre. Aus diesem Grunde ist Elektrizität auch hier zu den nur schwer substituierbaren Gütern zu rechnen.

1) J. Resch a.a.O.; das gilt auch für die schienengebundenen Verkehrswirtschaft, Mönig u.a. "Konzentration und Wettbewerb", S. 84.

2) Vgl. dazu die Ausführungen bei Mönig u.a. "Konzentration und Wettbewerb", S. 90.

3) Mönig u.a. a.a.O.

4) Mönig u.a. "Konzentration und Wettbewerb" S. 84 ff; vgl. auch KG v. 23.3.1978 WUV/E OLG 1895, 1896, 1897, "Erdgas Schwaben".

Gas, die dritte leitungsabhängige Energieart, findet seine Anwendung auf dem Wärmemarkt. Dort steht diese Energieart in Substitutionswettbewerb mit anderen, nicht leitungsgebundenen Energieträgern, nämlich Kohle und Erdöl ¹⁾. Auch hier bestimmen sich die Abwanderungsgrenzen nach den Koten, die mit der Abwandlung verbunden wären, also vor allen Dingen nach der Austauschbarkeit der Energiewandler. Dabei ist zu berücksichtigen, daß aller Energiewandler die mit fossiler Energie betrieben werden, auf dem Verbrennungsprinzip beruhen. Es ist also möglich, bi- und polyvalente Energiewandler zu benutzen, die mit geringen Folgekosten auf andere Energiearten umgestellt werden können ²⁾. Bei an nur eine Energieart gebundenen Energiewandlern ist die Umstellung allerdings mit hohen Folgekosten verbunden, weil bei einem Wechsel auf eine andere Energieart auch der Energiewandler und die entsprechenden Anlagen gewechselt werden müßten ³⁾.

Für die Industrie hat die Wärmeerzeugung dann eine besondere Bedeutung, wenn sie bei bestimmten Produktionsprozessen von der Verwendung einer bestimmten Energieart abhängig ist (industrielle Prozeßwärmeerzeugung). Das gilt z.B. für die Wärmeerzeugung durch Strom in der Stahl- und der Nicht-Eisen-Industrie, dem normalen Fall von Verwendung

1) Mönig u.a. "Konzentration und Wettbewerb", S. 84.

2) Das gilt besonders für den Umwandlungsbereich zur Strom- oder Wärmeerzeugung (Stromerzeugung mittelbar durch Wärmeerzeugung). Mönig u.a. "Konzentration und Wettbewerb" S. 87; entspr. Dolinski-Ziesing "Sicherheits-, Preis- und Umweltaspekte der Energieversorgung" S. 145.

3) Auch die Dauer der Umstellung ist ausschlaggebend. Mönig u.a. "Konzentration und Wettbewerb" S 90f.

von Strom zur Wärmeerzeugung in der Industrie ¹⁾. Die entsprechende Energieart - Strom oder Gas - ist dann nicht austauschbar und der Lieferer ist insoweit Monopolist eines nicht substituierbaren Gutes ²⁾.

cc) Folgerungen für die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel

Daraus ergibt sich, daß ein sogenannter monopolistischer Wettbewerb, also der Substitutionswettbewerb ³⁾, bei Strom und Wasser praktisch ausgeschlossen ist, weil beide nicht substituierbar sind bzw. weil, was bei Elektrizität die Wärmeerzeugung angeht, die Entscheidung über die Verwendung von Elektrizität zur Wärmeerzeugung den Abnehmer wegen der Umstellungskosten festlegt.

Bei Gas hingegen besteht ein echter Substitutionswettbewerb mit anderen Energiearten, zumindest bzgl. fossiler Energie besteht technologisch die Möglichkeit der problemlosen Austauschbarkeit der notwendigen Anlagen. Eine Substitutionsmöglichkeit scheidet nur in Einzelfällen aus, wenn nämlich aufgrund der Beschaffenheit des Energiewandlers eine Austauschbarkeit nicht möglich ist oder die Energieart zur Erzeugung industrieller Prozesswärme verwandt wird.

Daraus ergibt sich für die Verwendung der Meistbegünstigungsklausel, soweit sie nach Art der "Metroklausel" dem Lieferer eine Anpassungspflicht

1) Vgl. Mönig u.a. "Konzentration und Wettbewerb" S. 87.

2) Entspr. KG WUV/E OLG 1895, 1896 f. "Erdgas Schwaben".

3) Auch relativ Monopol genannt, vgl. H. Arndt "Markt und Macht" S. 117.

bei Preissenkungen auferlegt, daß nur bei Verträgen über die Lieferung von Elektrizität und Wasser die Voraussetzungen für eine Zulässigkeit dieser Klauselart erfüllt sind. Nur bzgl. dieser Arten von Energie sind die Lieferunternehmen Monopolisten eines nicht oder nur schwer substituierbaren Gutes, die bei Gleichheit der Leistungsverhältnisse zur Anpassung des Preises gegenüber dem Klauselverwender verpflichtet werden können. Für die Lieferung von Gas gilt dieses hingegen nicht. Die Behinderung in der Substitution ergibt sich nicht, anders als bei Elektrizität und Wasser, generell, sondern nur in Einzelfällen, also bei der Prozeßwärmeerzeugung. Das bedeutet, daß der Gaslieferant in der Mehrzahl der Fälle dem Wettbewerb ausgesetzt ist und daher den Ermessensspielraum braucht, der ihm durch § 26 Abs. 2 GWB gewährt wird. Die Meistbegünstigungsklausel wäre ihn gegenüber zu schwerwiegend, wenn sie eine Preisanpassungspflicht enthielt. Zulässig ist daher in diesem Falle nur eine deklaratorische Meistbegünstigungsklausel mit Schlechterstellungsverbot nach der "Schuhklausel".

dd) Besonderheiten bei den Abnehmern

Zu prüfen bleibt, ob bei den Abnehmern Gründe vorliegen können, die die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel ausschließen oder ihren Inhalt oder ihre Wirkung beeinflussen. Dabei geht es natürlich nicht um die Aufrechterhaltung der Differenzierungsmöglichkeiten nach den Abnahmecharakteristika; diese müssen generell erhalten bleiben. Vielmehr stellt sich die Frage, auf welche Abnehmergruppen die Meistbegünstigungspflicht ausgerichtet werden darf. Zu unterscheiden sind insoweit die Tarifabnehmer, die Sonderabnehmer und die Energieversorgungsunternehmen.

(1) Die Tarifabnehmer

Die Besonderheit der Tarifabnehmer ergibt sich aus der Pflicht zur Belieferung dieser Abnehmer nach den allgemeinen Versorgungsbedingungen (AVB) der Energieversorgungsunternehmen. Diese Pflicht ergibt sich für Lieferung mit Gas und Elektrizität aus § 6 Abs. 1 EnWiG. Aber auch die Wasserversorgungsunternehmen unterliegen gem. Art. 3 Abs. 1 GG dieser Pflicht ¹⁾. Von den Regelungen der AVB darf nicht abgewichen werden; sie sind durch die gesetzliche Verpflichtung allgemeinverbindlich geworden. Daher besteht für Verträge mit Tarifabnehmern keine Vertragsfreiheit. Sowohl die Abschlußpflicht als auch der Vertragsinhalt sind vorgeschrieben. Die AVB enthalten jedoch keine Meistbegünstigungsklauseln; daher kann die Klausel auch nicht zusätzlich vereinbart werden. Nur durch Aufnahme einer Meistbegünstigungsregelung in die AVB könnte sie Vertragsinhalt werden, sie müßte dann aber allen Tarifabnehmern gewährt werden. Hierzu besteht jedoch kein Bedürfnis. Die Lieferkonditionen und Tarife der Energieversorger sind durch § 6 Abs. 1 EnWiG, bzw. Art. 3 Abs. 1 GG bei Wasserversorgern, festgeschrieben ²⁾; die Versorgungsunternehmen sind also gar nicht in der Lage, im Einzelfall zugunsten eines Tarifabnehmers von ihrem Preisniveau abzuweichen. Ein Anknüpfen an die Preise der Sonderabnehmer, denen der Tarif wegen höherer Abnahmemengen nicht zumutbar ist und gegenüber denen außertarifliche Energiepreise vereinbart

1) BGH DB 1979, 351;
H.-U. Evers "Das Recht der Energieversorgung"
S. 131

2) BGH DB 1979, 351.

werden dürfen, ist ebenfalls nicht denkbar, da die in Frage kommende verhältnisbedingte Meistbegünstigungsklausel nicht zur Anwendung käme. Sonderabnehmer sind mit den Tarifabnehmern schon deshalb nicht gleichartig, weil bei ihnen keine Bindung an die AVB vorliegt ¹⁾. Außerdem bestehen bei Sonderabnehmerverträgen andere Leistungsverhältnisse, vor allem in Bezug auf die Abnahmemengen ²⁾. Daher muß zwischen Tarifabnehmern und Sonderabnehmern ohnehin differenziert werden, so daß die Klausel insoweit bedeutungslos wäre. Die Tarif- und Konditionenbindung durch die AVB erzielt daher faktisch den gleichen Effekt wie die Meistbegünstigungsklausel; es gibt keinen Preiswettbewerb, und für die Tarifabnehmer besteht eine einheitliche Preisfront. Daher besteht für Tarifabnehmer keine Veranlassung, sich die Meistbegünstigungsklausel einräumen zu lassen.

In Verträgen mit Tarifabnehmern ist die Klausel daher wegen der Inhaltsbindung der Verträge momentan unzulässig, im Übrigen aber auch überflüssig.

(2) Unterschiedliche Behandlungen von Sonderabnehmern und Energieversorgungsunternehmen als Abnehmer

Sonderabnehmer sind in der Vertragsgestaltung frei, da für die Energieversorgungsunternehmen allenfalls ein Kontrahierungszwang gegenüber Sonderabnehmern besteht ³⁾, nicht jedoch eine Bindung

1) Entspr. H.-U. Evers, "Das Recht der Energieversorgung" S. 122, H. Fischerhof, "Energie-wirtschaftsrecht" S. 363.

2) Entspr. H.-U. Evers a.a.O.; vgl. auch die Unterscheidung zwischen Niederspannungsbereich und Mittel- und Hochspannungsbereich bei H.-R. Ebel NJW 1976, 700, 701, 702.

3) Jedenfalls aus § 26 Abs. 2 GWB; ob auch aufgrund von § 6 EnWiG ist streitig, vgl. H.-U. Evers "Das Recht der Energieversorgung" S. 122, 123. Für letzteres BGH DVB; 1971, 895.

an die AVB. Somit können Sonderabnehmer, die nicht zu tariflichen Preisen beliefert werden, die Meistbegünstigungsklausel vereinbaren. Bei ihnen ist sie auch sinnvoll, da wegen der fehlenden Tarifbindung auch die Gefahr zur ungerechtfertigten Ungleichbehandlung einerseits und ein Interesse der Sonderabnehmer an der Gleichbehandlung andererseits besteht.

Bei den Sonderabnehmern besteht bzgl. der Meistbegünstigungsklausel lediglich ein Gestaltungsproblem. Es ist ja zulässig, den Kreis der vergleichbaren Unternehmen nicht nur durch den Begriff "vergleichbare Abnehmer u.a." zu charakterisieren, sondern auch durch die Nennung des Abnehmerkreises. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, welcher Abnehmerkreis bei der Meistbegünstigungsklausel genannt werden darf. Insoweit bietet sich der Kreis der Sonderabnehmer als ganzes an. Allerdings sind dabei die industriellen Sonderabnehmer von den Verteilerunternehmen zu unterscheiden. So wäre es möglich, daß, wenn schon die Gruppe der vergleichbaren Abnehmer genannt wird, industrielle Sonderabnehmer nicht auf die Preisgestaltung bei Verteilerunternehmen Bezug nehmen dürfen und umgekehrt. Das bedeutet, daß in diesem Fall in Energielieferungsverträgen mit industriellen Sonderabnehmern die Meistbegünstigung nur bzgl. industrieller Sonderabnehmer und mit Verteilerunternehmen nur bzgl. anderer Verteiler gewährt werden dürfte. Letztlich ist diese Frage identisch mit dem Problem, ob industrielle Sonderabnehmer und Verteilerunternehmen vergleichbare Unternehmen im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB sind. Teilweise wird vertreten, daß dieses nicht der Fall ist, weil die bezogene Energie bei

industriellen Sonderabnehmern und Verteilern zu unterschiedlichen Zwecken verwandt wird¹⁾. Darin liegt jedoch eine zu enge Auslegung des Gleichartigkeitsbegriffes; es wird auf das Merkmal "Art des Produktes" allein abgestellt. Die erwähnten Merkmale für die Gleichartigkeit dienen nur der Feststellung eines gemeinsamen Interesses am Bezug der gelieferten Ware. Speziell bei leitungsgebundener Energie kommt es dabei auf den Verwendungszweck nicht an. Da das Diskriminierungsverbot die Chancen der Nachfragerseite sichern soll, kommt es nur darauf an, ob sich die Nachfrageinteressen der Nachfrager decken²⁾. Da aber die Nachfrager von Energie gerade in ihrer Nachfragerstellung im Wettbewerb stehen, weil die marktbeherrschende Stellung des Energieversorgers die Entwicklungsmöglichkeiten der Nachfrager gefährdet, unabhängig davon, wie die Energie verwandt wird, kann aus dem Gesichtspunkt der Verwendung keine Unterscheidung gerechtfertigt werden. Daher besteht eine grundsätzliche Vergleichbarkeit zwischen Verteilern und industriellen Sonderabnehmern³⁾. Dafür spricht im Übrigen auch § 12 der Bundestarifordnung für Elektrizität⁴⁾. Diese Vorschrift geht nämlich davon aus, daß zwischen letztverbrauchenden Sonder-

1) So Müller-Giessler § 26 Rdn. 34

2) H.-R. Ebel NJW 1976, 700, 701; ebenso ders. DB 1977, 1781. P. Salja "Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen" S. 42 f.

3) H.-R. Ebel NJW 1976, 700, 704;
Eiser-Riederer-Oberholte III 133 b.

4) H.-R. Ebel a.a.O.

abnehmern und Verteilerunternehmen grundsätzlich vergleichbare Abnahmeverhältnisse bestehen können. Das läßt darauf schließen, daß allgemein diese beiden Abnehmergruppen als vergleichbar angesehen werden können.

Für die Meistbegünstigungsklausel, die eine Ankoppelung an bestimmte Abnehmergruppen vorsehen soll, bedeutet das, daß die Bezugnahme speziell auf Sonderabnehmer allgemein zulässig ist. Einer Unterscheidung von industriellen Sonderabnehmern und Verteilerunternehmen bedarf es nicht.

2) Verträge von Versorgungsunternehmen der leitungsgebundenen Energie über die Lieferung von nicht leitungsgebundener Primärenergie

Speziell für Strom erzeugende Unternehmen besteht ein Bedürfnis am Bezug von Primärenergie zum Betrieb von Kraftwerken, wobei entsprechende Lieferbindungen im Interesse einer gesicherten Stromversorgung langfristig sein müssen. Daraus ergibt sich ein Interesse der Energieversorgungsunternehmen für die Verwendung der Meistbegünstigungsklausel, um sich auf diese Weise langfristige Kalkulationsgrundlagen zu schaffen. So fragt sich, ob die Anwendung der allgemeinen Regeln für die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel auf Lieferverträge über Primärenergie für nachfragende Energieversorger die Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel ergibt.

a) Die Lieferanten von Primärenergie als Monopolisten

Das würde erfordern, daß die in Frage kommenden Lieferanten der Primärenergie Monopolisten eines nicht oder nur schwer substituierbaren Gutes sind.

Die Erzeugung von Strom erfolgt vorzugsweise durch die Heißdampftechnik, d.h. man verwendet zum Antrieb der Generatoren hoch erhitzten Wasserdampf. Nachgefragt wird von den Energieerzeugern also Energie zur Wärmeerzeugung. In Frage kommen als Energieträger insoweit die fossilen Energien Gas, Kohle und Erdöl, sowie speziell für die Stromerzeugung noch die Kernenergie.

Wie bereits festgestellt wurde, besteht auf dem Wärmesektor Substitutionswettbewerb. Von diesem Wettbewerb ausnehmen muß man allerdings die Kernenergie. Da die Technologie der Wärmeerzeugung durch Kernenergie von der Technologie der Verbrennung fossiler Primärenergie völlig verschieden ist, ist ein problemloser Austausch von Kernenergie und Kohle, Gas oder Erdöl bei einer einmal getroffenen Entscheidung für eine Energieart ausgeschlossen. Daher zählt die Kernenergie zu den schwer substituierbaren Gütern. Für die Kernenergie besteht im Übrigen ein Monopol auf europäischer Ebene. Der Bezug und Vertrieb von Kernbrennstoffen erfolgt durch die gem. Art. 53 ff Euratom-V gegründete Euratom-Versorgungsagentur, die insoweit praktisch über ein Monopol verfügt¹⁾. Hinzuweisen ist insoweit darauf, daß der Gemeinschaft der Euratom die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse und Verfügungsbeschränkungen aus dem Euratomvertrag insoweit bleiben, als die Gemeinschaft gem. Art. 86 Abs. 1 Euratom-V Eigentümerin der Brennstoffe ist und bleibt²⁾.

1) O. Kimminich, "Atomrecht", S. 190 f.

2) O. Kimminich, "Atomrecht", S. 191 f.
Die Einordnung des Eigentumsbegriffes ist streitig; vgl. hierzu im einzelnen R. Lukes "Die Eigentumsregelung für die besonderen spaltbaren Stoffe im Euratomvertrag" in "2. Deutsches Atomrechtssymposium v. 15.5.1974" S. 35, insbes. Nachweise S. 37 ff.

Das Vorgehen der Agentur beim Vertrieb der Kernbrennstoffe ist fest vorgeschrieben. Gem. Art. 60 Abs. 1 Euratom-V teilen die Verbraucher der Agentur ihren Bedarf sowie die von ihnen gewünschten in den Liefervertrag aufzunehmenden Klauseln mit; die Erzeuger teilen ihr Angebot mit. Aufträge und die Schließungen der Lieferverträge erfolgen unter Vermittlung der Agentur. Diese achtet auch darauf, daß mißbräuchliches Preisgeben, das einzelnen einen Vorrang unter Umgehung des bei der Verteilung geltenden Grundsatzes gleicher Zugangschancen schafft unterbleibt, Art. 68 Euratom-V¹⁾. Dieses Verfahren schließt die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel praktisch aus. Es ist nämlich nicht, wie bei Meistbegünstigungsklauseln üblich, auf langfristige Lieferverpflichtungen gerichtet; außerdem erlaubt auch die Tatsache, daß der Preis von Angebot und Nachfrage bestimmt wird, keine Preisbindung. Schließlich steht einer Klausel auch entgegen, daß im Falle eines Mißbrauchs der Preis von der Kommission bestimmt wird²⁾. Somit besteht auch kein Bedürfnis für eine selbständige Gleichbehandlungsmaßnahme durch die Abnehmer. Die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel kommt also bzgl. der Lieferung von Kernbrennstoffen nicht in Frage.

Sie kann daher nur für Lieferung fossiler Primärenergie vereinbart werden. Wegen des hier bestehenden Substitutionswettbewerbes sind die Lieferanten dieser Primärenergie, selbst wenn sie

1) Kimminich, "Atomrecht", S. 191

2) O. Kimminich a.a.O.

bzgl. der einzelnen Energieart Monopolisten sind (Gasversorgung), nicht als Monopolisten eines nicht oder nur schwer substituierbaren Gutes betrachtet werden. Da aber nur die Monopolisten eines nicht oder nur schwer substituierbaren Gutes zur Meistbegünstigung verpflichtet werden dürfen, kann im Falle der Versorgung mit Primärenergie eine Meistbegünstigungsklausel nach den allgemeinen Regeln nicht zulässig sein.

b) Fehlender Wettbewerb zwischen den Energieversorgungsunternehmen als Nachfrager

Trotzdem könnte man speziell für Energieversorgungsunternehmen die Klausel für gerechtfertigt halten. Argument hierfür könnte sein, daß zwischen den Energieversorgungsunternehmen durch die Vorschrift des § 103 Abs. 1 GWB ohnehin kein Wettbewerb besteht. Damit fällt ein Gesichtspunkt, der die Meistbegünstigungsklausel nicht wünschenswert und damit unzulässig macht, weg, nämlich die Absicht, sich gegenüber den Dritten einen unberechtigten Vorteil zu verschaffen. Diese Absicht war ja vor allen Dingen ein Argument für die wirtschaftliche Bindung durch Meistbegünstigungsklauseln. Außerdem, so könnte man annehmen, besteht für die Energieversorger, da sie sowieso nicht im Wettbewerb stehen, ein Interesse an der Gleichbehandlung. Des Schutzes der Entscheidungsfreiheit des Primärenergielieferer bedürfte es deshalb nicht mehr, weil der sekundäre Schutzzweck des § 15 GWB, nämlich der Schutz des Wettbewerbes, wegfällt; ein schützenswerter Wettbewerb existiert ja nicht. Im Übrigen ist das Monopol der Energieversorgungsunternehmen durch das Gesetz gerade beabsichtigt.

Man könnte nach diesen Gesichtspunkten also sagen, daß § 15 GWB hier vom Ziel her nicht paßt, weil ein Schutz der Entscheidungsfreiheit des Lieferers zum Schutz des Wettbewerbs nicht notwendig ist. Daraus könnte sich ergeben, daß Energieversorger, ein berechtigtes Interesse an der Verwendung der Meistbegünstigungsklausel haben, die aber nur im Verhältnis zu anderen Energieversorgern angewandt werden dürfte. Man könnte auch meinen, daß eine solche Gleichbehandlung für einen einheitlichen Energiepreis sorgen könnte.

Wer so argumentiert, übersieht jedoch die Gefahr, die die Preisvereinheitlichung mit sich bringt. In der Nachfrage sind die Energieversorger durchaus Wettbewerber. Ein Preiswettbewerb um die Primärenergie, der durch die Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln ja eingeschränkt würde, ist für die Strompreisentwicklung auch durchaus positiv. Auch, wenn der für die Annahme einer wirtschaftlichen gegen Preissenkungen gerichteten Bindung erforderliche Bindungswille für Energieversorgungsunternehmen verneint wird, bleibt doch die faktisch bindende Wirkung der Meistbegünstigungsklausel, nämlich der Begünstigungssperreneffekt. Ein Lieferunternehmen, das seinen Abnehmern die Meistbegünstigung gewährt, kann sich wegen der bei der Anpassungspflicht drohenden Gefahr von wirtschaftlichen Nachteilen veranlaßt sehen, von Preissenkungen, weil er sie auch dem Klauselverwender oder, bei einer generellen Verwendung der Klausel durch die Energieversorger, allen gewähren muß, abzusehen. Dadurch wird nicht nur die Gleichbehandlung aller Energieversorger erreicht, sondern es besteht auch die Gefahr des Hochhaltens der Preise. Das ist aber letztlich für die Stromverbraucher, weil die Produktionskosten für Strom dadurch ebenfalls

hochgehalten werden, eher nachteilig. Nun soll die Privilegierung der Energieversorger aber gerade eine billige Energieversorgung sicherstellen; Nebenwirkungen wie die hier gezeigten laufen diesem Zweck entgegen und sind daher unerwünscht. Also besteht an einem Preiswettbewerb der Energieversorger untereinander durchaus ein Interesse. Somit darf der Preiswettbewerb nicht eingeschränkt werden. Der Schutz hiervor läßt sich, speziell was die Meistbegünstigungsklausel angeht, durch die Anwendung des § 15 GWB erreichen, denn fällt auch die wirtschaftliche Bindung der Meistbegünstigungsklausel weg, so bleibt doch die verbotene, unter § 15 GWB fallende rechtliche Bindung durch Meistbegünstigungsklauseln bestehen.

Somit besteht trotz des fehlenden Anbieterwettbewerbs der Energieversorgungsunternehmen der leitungsgebundenen Energie bei Lieferverträgen betreffend Primärenergie ein Interesse an der Anwendung des § 15 GWB auf Meistbegünstigungsklauseln. Diese sind daher insoweit unzulässig.

4. Teilergebnis

Es läßt sich somit, was die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel auf die Energieversorgung betrifft, folgendes Teilergebnis festhalten:

Zulässig sind Meistbegünstigungsklauseln, die den Lieferer verpflichten, den Klauselverwender nicht schlechter als Dritte zu stellen oder im Falle einer Besserstellung Dritter die Preise und Bedingungen dem Klauselverwender gegenüber anzupassen:

in unselbständigen Demarkationsverträgen, in denen sich ein Lieferunternehmen verpflichtet,

keine leitungsgebundene Energie auf anderem Wege als über den Verteiler, der vom Lieferer die gleiche Energie bezieht, in das näher bestimmte Versorgungsgebiet des Verteilers zu liefern, bezüglich anderer Weiterverteiler. Die Klausel darf dann aber nur Umgehungen des Demarkationsvertrages erfassen. -

in Verbundverträgen, in denen sich mehrere Unternehmen einander verpflichten, bestimmte Kapazitäten leitungsgebundener Energie ausschließlich dem Verbund zur Verfügung zu stellen, bezüglich dieser Lieferungen.

Einschränkungen bezüglich des Kreises der der Meistbegünstigungspflicht zugrunde gelegten Dritt-abnehmer bedarf es hier nicht.

Zulässig sind diese Klauseln weiter

in Verträgen mit Verteilerunternehmen über Lieferungen leitungsgebundener Energie an die Verteiler,

in Verträgen mit industriellen Sonderabnehmern über die Lieferung von Strom und Wasser an diese. Dabei darf die Meistbegünstigungspflicht nur die Fälle erfassen, wo die Dritt-abnehmer und die entsprechenden Leistungsverhältnisse mit dem Klausel-verwender und dessen Leistungsverhältnissen vergleichbar sind. -

in Verträgen mit industriellen Sonderabnehmern über Gas, soweit dieses zur Erzeugung spezieller Prozeßwärme verwandt wird.

Teil D Zusammenfassung der Ergebnisse und
Schlußwort

1) Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß Meistbegünstigungsklauseln in Lieferverträgen generell von § 15 GWB erfaßt sind, auch wenn sie leistungsbedingt sind.

Zulässig ist eine Meistbegünstigungsklausel nur in zwei Fällen:

- a) wenn sie gegen einen Adressaten des § 26 Abs. 2 GWB gerichtet ist und gegenüber § 26 Abs. 2 GWB deklaratorisch wirkt; das ist nur bei einer Klausel der Fall, die es dem zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferer auferlegt, den Klauselverwender nicht schlechter zu stellen als andere gleichartige Abnehmer bei gleichen Verhältnissen;
- b) wenn sie gegen einen Monopolisten eines nicht oder nur schwer substituierbaren Gutes gerichtet ist und eine Preisanpassungspflicht enthält, also als sogenannte wirtschaftliche Meistbegünstigungsklausel; eine solche Klausel verpflichtet den Monopolisten, den Klauselverwender nicht schlechter zu stellen als gleichartige Abnehmer bei gleichen Leistungsverhältnissen.

Ansonsten sind Meistbegünstigungsklauseln unzulässig.

2) Wird die Meistbegünstigungsklausel von Energieversorgungsunternehmen bzgl. leitungsgebundener Energie verwandt, so ist sie zulässig gem. § 103 GWB, wenn sie

- a) als Bestandteil von unselbständigen Demarkationsverträgen Umgehungen der Demarkation durch indirekte Belieferung anderer Energieversorger verhindern soll;

b) als Bestandteil von Verbundverträgen, die auf Lieferverpflichtungen aufbauen, die Preiskalkulation im Interesse einer langfristigen Bindung regeln soll; Klauselform wäre hier die wirtschaftliche Meistbegünstigungsklausel.

3) In anderen Verträgen von Energieversorgungsunternehmen über die Lieferung von leistungsgebundener Energie ist die wirtschaftliche Meistbegünstigungsklausel zulässig, wenn der Abnehmer nicht Tarifabnehmer und das Versorgungsunternehmen bezüglich der gelieferten Energie Monopolist ist. Außerdem muß die Substitutionsmöglichkeit zumindest stark beschränkt sein.

Die Monopolsituation der Energieversorger ergibt sich durch die gesetzlich legitimierte Gebietsaufteilung. Bei Betrachtung der Substituierbarkeit ergibt sich die Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Meistbegünstigungsklausel

- a) für Verteilerunternehmen
- b) für die Nachfrager von Wasser
- c) für die Nachfrager von Strom
- d) nicht hingegen für die Nachfrager von Gas, es sei denn zur Erzeugung speziell benötigter Prozeßwärme.

4) Die Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln durch Energieversorgungsunternehmen gegenüber Lieferern nicht leistungsgebundener Primärenergie ist unzulässig.

Die strenge Einschränkung der Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln ist erforderlich, weil die Folgen für den Wettbewerb zu gefährlich sein können. Die Wirkung der Klausel macht sie für den Verwender, besonders wenn er über wirtschaftliche Macht verfügt, zu einer gefährlichen Waffe, die

zu einer starken Wettbewerbsbeschränkung des zur Meistbegünstigung verpflichteten Lieferers und dadurch gewissermaßen zu einer Streuwirkung der Klausel führt. So verständlich das Interesse der Belieferten auch sein mag, sich vor Ungleichbehandlungen durch Verwendung von Meistbegünstigungsklauseln zu schützen, so ist doch die Wirkung der Klausel so schwerwiegend, daß die Interessen des Klauselverwenders dahinter zurücktreten müssen.

Folglich kann die Meistbegünstigungsklausel nur dann gestattet sein, wenn sie diese Folgen nicht entfaltet bzw. keine schädlichen Wirkungen zeigt. Das ist gegenüber Monopolisten der Fall, wie gerade Energieversorger der leitungsgebundenen Energie sie sind, aber auch bei Demarkations- und Verbundverträgen gem. § 103 Abs. 1 Nr. 1, 4 GWB. Man braucht die Freiheit der Vertragspartner durch § 15 GWB nicht zu schützen, wenn dieses für das indirekte Schutzobjekt, den Wettbewerb als Institution, irrelevant ist. Bei den beschriebenen Fällen der Energieversorgung handelt es sich aber um Gebiete, in denen das Fehlen von Wettbewerb im Interesse einer sicheren Energieversorgung erwünscht und vom Gesetzgeber beabsichtigt ist.

Dieser Grundsatz würde bei Energieversorgungsunternehmen aber dann nicht mehr greifen, wenn das erwünschte Monopol wegfiele. Die Freistellung der leitungsgebundenen Energieversorgung ist in letzter Zeit verstärkt angegriffen worden, insbesondere die Freistellung des Gebietsschutzes. So wird teilweise gefordert, die Demarkation bei Sonderabnehmern

nicht zuzulassen, es wird sogar die Abschaffung der Ausnahmereiche gefordert¹⁾.

Die Konsequenz für die Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln für Energieversorgungsunternehmen wäre, daß die Grundlage für die Zulässigkeit, das Monopol, wegfielen. Energieversorger sind reine Gebietsmonopolisten. Würde der Gebietsschutz wegfallen als Folge einer Reform, wäre anderen Versorgern das Eindringen in bislang geschützte Versorgungsgebiete gestattet. Dann müßte der neu entstandene Wettbewerb auch geschützt werden mit der Folge, daß das Verbot der Meistbegünstigungsklauseln gem. § 15 GWB eingriffe. Außerdem würde natürlich die Zulässigkeit der Klauseln als Bestandteile von Demarkationsverträgen wegfallen.

Insoweit bleibt die Entscheidung des Gesetzgebers abzuwarten.

1) Zu der Diskussion vgl. H.-U. Evers, "Das Recht der Energieversorgung" S. 161 ff, 166, 167; G. Klätte, "Mehr Wettbewerb in der Elektrizitätsversorgung durch Aufhebung der Demarkationen und Verpflichtung zur Durchleitung - geht das oder führt das im ersten Schritt zum Verlust der Versorgungssicherheit und im zweiten Schritt zur Verstaatlichung?" ET 1979, 131.

Hans Waldeyer
Assessor jur.

4400 Münster
Thomas-Morus-Weg 25
Tel. (0251) 277507

L e b e n s l a u f

Geburtstag u. -ort : 1.8.1953 Warendorf

Name der Eltern : Vater: Johannes Waldeyer
Verwaltungsamtmann i.R.
Mutter: Annemarie Waldeyer
Geb. Thormann

Familienstand: : ledig

Schulbildung : Volksschule von Ostern 1960 - 25.3.1964
(Kreuzschule Münster)
vom 9.4.1964 - 21.5.1971
Städt. Ratsgymnasium in Münster
Abitur am 21.5.1971

Studium : vom Wintersemester 1971 bis zum
Sommersemester 1976
Jurastudium an der Westf.-Wilhelms-
Universität in Münster
Meldung zum Examen nach dem
8. Semester

Studienabschluß:
1. juristisches Staatsexamen
am 6.6.1976

Referendardienst : vom 1.9.1976 - 23.2.1979
Referendar beim LG Münster
im Bezirk OLG Hamm

Abschluß des Referendardienstes:
2. juristisches Staatsexamen
am 23.2.1979

Nebentätigkeit : Seit dem 1.2.1977 am Rechtswissen-
schaftlichen Seminar bei Prof.
Dr.Dr. Lukes als wissenschaftliche
Hilfskraft.

Berufliche Tätigkeit: Ab 1.7.1979 als Jurist bei der
Rheinisch-Westfälischen Immobilien-
anlagengesellschaft m.b.H.
in Düsseldorf

